

# El derecho de asilo en la Unión Europea

Luis Pérez-Prat Durbán\*

## Í. Introducción

¿Por qué ha interesado el asilo, y en qué medida, al proceso de construcción comunitaria? El interés ha aflorado en conexión con el objetivo de la creación de un espacio sin fronteras interiores en el que rija la libre circulación de personas<sup>1</sup> tal y como se perfiló en el artículo 7 A del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), gracias a la reforma del mismo que propició el Acta Única Europea (AUE). Con vistas a que dicho objetivo se cumpla y se eliminen las fronteras intracomunitarias, resulta lógica la aspiración de armonizar la normativa que cada Estado miembro destina a regular una de las vías específicas de acceso a dicho espacio interior: la solicitud de asilo. Porque, en el momento que a un solicitante le conceda el asilo un Estado miembro, no habrá forma de obstaculizar que circule libremente hacia el territorio de cualquier otro Estado miembro. Este ha sido el motor que ha auspiciado el tratamiento del asilo desde el AUE, en clave de cooperación intergubernamental (y en el marco de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, la CAJI, tras el Tratado de Maastricht) hasta que la Conferencia Intergubernamental de 1996 ha decidido efectuar una comunitarización parcial del mismo en el Tratado de Amsterdam.

A la cooperación entre los doce estados miembros, que dio frutos como el Convenio de Dublín de 1990 sobre determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas

en los estados miembros, de 15 de junio de 1990, se ha sumado la cooperación restringida de algunos países que, en el grupo de Schengen, y afectando al asilo, ha adoptado el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990. Tanto este convenio, como el acuerdo que desarrolla, sí han supuesto la realización de un espacio sin fronteras interiores entre sus estados partes, anticipándose así al logro del objetivo comunitario.

Todos estos esfuerzos de cooperación han configurado un conjunto de soluciones jurídicas a los problemas conectados con el asilo, e incluso un concepto preciso sobre el asilo mismo, reductor de los perfiles tuitivos y de mayor amplitud que lo caracterizan desde el prisma del Derecho Internacional. Se ha adoptado una aproximación común, una estrategia europea uniforme que ha calado hondo en los ordenamientos de los estados miembros, produciendo aceleradas y miméticas reformas, incluso, en ocasiones, de rango constitucional (en países como Alemania o Francia). Esto se ha debido a que se ha enfocado al logro de una directriz principal: combatir la avalancha de solicitudes de asilo vertida sobre los países de Europa occidental desde finales de la década de los ochenta.

De ahí que quepa concebir esta política europea sobre asilo, tomando el término política en un sentido no comunitario, como un instrumento más de la política de inmigración, como una técnica de control de los flujos migratorios. Así, al menos, lo interpretan algunos autores,<sup>2</sup> las más de las ONGs que trabajan en este campo, como Amnistía Internacional, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refu-

\* Profesor Titular de Derecho Internacional. Universidad Autónoma de Madrid

1. Véanse, en la doctrina española, entre otras, las obras de Patricia JIMÉNEZ DE PARGA, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid, 1994; y de Ma. Isabel Li-ROLA DELGADO, *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, 1994.

2. F. CREPEAU, *lo menciona explícitamente en su obra Droit d'asile. De l'hospitalité aux controles migratoires*, Bruselas, 1995.

3. *Amnistía Internacional, Europa. La necesidad de una política de asilo acorde con los derechos humanos*, noviembre de 1991.

giados"<sup>4</sup> y, a buen seguro, la mayoría de los solicitantes de asilo, incluyendo también al escasísimo porcentaje que se ve beneficiado por la concesión del Estado de acogida. Hay también quien no comparte esta interpretación y entiende que la llamada política europea de asilo tiende a evitar la desnaturalización de la institución, a la que abusivamente recurren extranjeros que sólo padecen la penosa situación económica de sus países de origen.<sup>5</sup>

Como demuestra un sucinto repaso a las estadísticas, la Unión Europea no sufre un problema de asilo, sino de inmigración. Escindir ambas cuestiones, tratarlas por separado, perfilar políticas autónomas y específicas para cada una de ellas, aparecía en 1991 como lo más razonable para la comisión. Por eso, cuando elaboró ese año sendas Comunicaciones al parlamento y el consejo sobre asilo e inmigración,<sup>6</sup> argumentaba que se debía a la necesidad de subrayar las bases humanitarias del derecho de asilo. No seremos tan radicales como para llegar a afirmar que, tres años después, la Comisión ha debido sentir que se evaporaba dicha necesidad, pero sí resulta sintomático de su nueva percepción que su Comunicación de 1994 tratase conjuntamente el asilo y la inmigración porque, aunque la distinción siga siendo igual de válida, "cada vez resulta más difícil examinar uno de estos dos temas sin hacer referencia al otro".<sup>7</sup>

El Tratado de Amsterdam ha introducido cambios importantes en la aproximación europea al asilo que, a partir de su entrada en vigor, pasará en aspectos sustanciales de depender de la CAJ1, gestionada en el tercer pilar de la Unión Europea a incardinarse en el pilar comunitario, en el marco de un nuevo Título del TCE sobre libre circulación de personas, asilo e inmigración. Se trata de una co- munitarización parcial, referida a cuatro ámbitos específicos: i) la determinación del Estado respon-

sable de examinar una solicitud de asilo; i i) normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo; iii) normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países; y, iv) normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado. Las consecuencias de dicho trasvase no constituyen un desapoderamiento completo de los estados miembros. Muy al contrario, éstos serán los responsables de la concesión del asilo, del reconocimiento de la condición de refugiado, y, eso sí, se verán obligados a cumplir con las normas mínimas adoptadas por la Comunidad Europea. Pero éstas serán, eso, normas mínimas, que permitirán tratamientos más favorables y, por supuesto, la acción legislativa estatal autónoma en los ámbitos no cubiertos por ellas.

Analizar las distintas etapas de la cooperación europea en materia de asilo va a exigir poner en claro previamente dos órdenes de consideraciones sobre las que ha pivotado aquélla desde que surgiera en el marco del Grupo *ad hoc* de inmigración creado por los ministros del ramo en 1986: 1) el proceso para diferenciar al solicitante de asilo del inmigrante por motivos económicos; y, 2) el proceso para identificar al solicitante de asilo con el refugiado.

1) Como analizaremos en el epígrafe segundo, la primera dificultad que sufre el solicitante de asilo en un país europeo surge de su asociación con el inmigrante económico o, si se quiere, del aprovechamiento por éste de la vía de acceso a Europa que ofrece el asilo. Sin perjuicio de la puesta en cuestión de tal distinción, en dicho *abrazo mortal* nada tiene que ganar el demandante de asilo, sino la ímproba tarea de intentar convencer de la especificidad de su caso a las autoridades del Estado en cuestión, predisuestas a ver en él un deslumbrado más por el confort occidental. Se ha instalado en las instancias oficiales la desconfianza frente al solicitante de asilo.

2) Pero la segunda dificultad a la que se enfrenta el solicitante de asilo, y a la que dedicaremos el epígrafe tercero, es la debilidad con que aparece configurado el llamado derecho de asilo en el marco jurídico-internacional. Emmeric de Vattel sostenía en 1758 que el soberano puede prohibir la entrada en su territorio a los extranjeros en general o, en ciertos casos, a determinadas personas, o para asuntos concretos en particular, si conviene al bien del Estado.<sup>8</sup> Quizás no se peque de exageración si admitimos que poco ha

4. ACNUR, La situación de los refugiados en el mundo, Madrid, 1995.  
5. Cfr; D. BLANQUER, *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Madrid, 1997, 77. Sobre la configuración del derecho de asilo en España, véase además, R. GARCÍA MACHO, "El derecho de asilo y el refugiado en la Constitución española", en S. Martín Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a E. García de Enterría*, Vol. II, Madrid, 1991, 767; D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991; J.M. ORTEGA TEROL, "Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, 135; J.J. MARTÍN ARRIBAS, "Comentario sobre la reciente normativa española en materia de derecho de asilo", en *Libro conmemorativo del X Aniversario de la Facultad de Derecho*, Burgos, 1996, 471.  
6. SEC [91] 1855 final y SEC [91] 1857 final, respectivamente.  
7. La Comunicación de la Comisión de 23 de febrero de 1994 sobre inmigración y asilo ha sido también publicada en el libro editado por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Presidencia Española de la Unión Europea en materia de asilo e inmigración (segundo semestre de 1995), Madrid, 1996, pp. 177 y ss.

8. E. DE VATTEL, LIBRO II, CAPÍTULO VII, 94.

cambiado desde entonces esta aseveración, que ha quedado plasmada como regla en el Derecho Internacional. En efecto, salvo que existan obligaciones convencionales, el Derecho Internacional general no ha consagrado una obligación de admisión de los extranjeros en el territorio del Estado,<sup>9</sup> a pesar de que el art. 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) (1948) . sostenga cándidamente que "toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado". Y esto incluye también al asilo por motivos políticos. El extranjero que se acerca a las fronteras de un Estado porque sufre persecución política, y presenta una solicitud de asilo a los efectos de obtener protección, también se encuentra al albur de la decisión discrecional del Estado de acogida pues, a salvo de lo que prescriban los respectivos ordenamientos internos, el Derecho Internacional no reconoce un derecho subjetivo del particular a obtenerlo. De ahí que, desde esa posición normativa internacional quepa más bien hablar de derecho a acordar el asilo. Ahora bien, eso sí, los estados parte en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados se encuentran encorsetados por la obligación de *non refoulement* establecida en el art. 33 de dicho texto convencional.<sup>10</sup>

Pero asilo y refugio no son conceptos idénticos. La diferenciación resulta relevante para explicar que los Estados europeos se han mostrado partidarios de conceder el beneficio del asilo en exclusiva a quienes reúnen las condiciones requeridas para ser considerados refugiados. Y han ejercido esta opción con un resultado restrictivo que, en algunos ordenamientos como en el español, se ha llevado por delante figuras como la del asilo humanitario, como ocurrió al aprobarse la Ley 9/1994, que modificó la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Pero el esfuerzo armonizador europeo ha tenido que ser doble, porque ni siquiera la definición de refugiado que se deriva de la Convención de Ginebra de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 1967, está libre de interpretaciones. También en

este caso ha suministrado la cooperación intergubernamental una interpretación restrictiva, que no se condice con los esfuerzos más generosos que se despliegan en otras latitudes para ensanchar el concepto de refugiado, incorporando en esta categoría a desplazados por conflictos internos.

Una vez que hayamos esclarecido estas consideraciones eh torno al solicitante de asilo, al inmigrante económico, al refugiado y al desplazado, estaremos en condiciones de examinar en sus diversas etapas la aproximación europea al asilo.

## **II. Asilo y refugio a la luz del Derecho Internacional**

El asilo y el refugio no han sido conceptos coincidentes desde la óptica del Derecho Internacional. Su origen histórico no puede estar más distanciado en el tiempo, pues mientras que el primero hunde sus raíces en los tiempos antiguos, el Derecho Internacional de los refugiados debe su emergencia al periodo de la Sociedad de Naciones, momento en el que se instituye la Oficina del Alto Comisionado para los refugiados. Interesa ahora destacar que sus regulaciones, cuando han existido, han discurrido por caminos paralelos y, en ocasiones, tangenciales, pero conviene no incurrir en la confusión de conceptos. Si la cooperación europea los ha aproximado hasta hacerlos coincidir, ha sido sobre la base de una opción política ejercida con intencionalidad restrictiva (del círculo de los destinatarios) y no por imperativo de la evolución normativa de ambas instituciones. Se ha tratado de aproximar las legislaciones nacionales para deparar la protección del asilo en exclusiva a los merecedores de la condición de refugiado. En esta operación ha, decaído el llamado asilo humanitario e injuso se ha interpretado restrictivamente el concepto de refugiado, tal y como se deduce de la Convención de Ginebra de 1951. Esto ha sido posible por dos órdenes de consideraciones: 1) El Derecho Internacional no cuenta con una definición nítida del asilo, pues los estados han optado fundamentalmente por la desregulación, a la hora de perfilar los contornos jurídico-internacionales de la figura del asilo; y, 2) la definición de refugiado que suministra la Convención de Ginebra de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 1967, ha quedado obsoleta y ya no responde a los desafíos causados por los fenómenos migratorios del fin de siglo. Examinemos ambas cuestiones, dado que son *prius* interpretativos de la política europea sobre asilo.

9. A. REMIRO, R. RIQUELME, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela y L. Pérez-Prat, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, 482.

10. ESTABLECE EL ART. 33.1 DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN Y DE DEVOLUCIÓN ("REFOULEMENT"): NINGÚN ESTADO CONTRATANTE PODRÁ, POR EXPULSIÓN O DEVOLUCIÓN, PONER EN MODO ALGUNO A UN REFUGIADO EN LAS FRONTERAS DE TERRITORIOS DONDE SU VIDA O SU LIBERTAD PELIGRE POR CAUSA DE SU RAZA, RELIGIÓN, NACIONALIDAD, PERTENENCIA A DETERMINADO GRUPO SOCIAL O DE SUS OPINIONES POLÍTICAS.

1) Realmente, el asilo es la protección que depara un Estado a un extranjero que alega sufrir la persecución política del país del que es nacional. Alcanza el *status* de derecho subjetivo del que pueda beneficiarse el particular allí donde así lo configure el ordenamiento interno del Estado de acogida, pero no porque esta sea la solución normativa plasmada en el ordenamiento internacional. Los elementos fundamentales<sup>11</sup> que, desde la perspectiva del Derecho Internacional, estructuran el llamado *derecho de asilo*, permiten coincidir, con François Crepeau,<sup>12</sup> en el diagnóstico que asevera la debilidad de su regulación internacional. En efecto, se trata de un derecho del Estado a otorgarlo, y no un derecho subjetivo del particular a obtenerlo. Este, como se extrae del art. 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la AGNU (1948),<sup>13</sup> tiene el incuestionable derecho, en tanto que perseguido político a buscar la protección de un Estado distinto al de su nacionalidad; pero sólo a buscarla, a pedirla, a presentar una solicitud de asilo. Aquél, cuando ve ante sí tal solicitud, decide discrecionalmente sobre su concesión, atendiendo en exclusiva a los postulados establecidos por su legislación, a los motivos que estima dignos de consideración para dar acogida al perseguido político.

Fuera de estas dos verdades, la otra existente, sostenida tanto por el Derecho Internacional general, como por el convencional;<sup>14</sup> reside en el *principio de no devolución*, que establece que "ningún Estado...podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas" (art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951). Obsérvese que la citada disposición menciona en exclusiva al refugiado, en congruencia con la sede en que se inserta; sin embargo, debe entenderse que el *principio de no devolución* beneficia a todo potencial solicitante de asilo, sea refugiado o no. Así lo ha interpretado, en su art. 3.1 la Declaración sobre asilo territorial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de

diciembre de 1967,<sup>15</sup> el único texto de alcance universal con pretensión de sentar las bases normativas del derecho de asilo, aunque tal finalidad resulte perjudicada por el carácter no obligatorio del instrumento de adopción de la declaración.

Por otra parte, esta declaración sobre asilo territorial de la AGNU, además de extenderse sobre el principio de no-devolución, hace bascular la concepción del asilo sobre la discrecionalidad del Estado, que lo concede en el ejercicio de su soberanía a "las personas que tengan justificación para invocar el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo". Ello implica designar a los potenciales beneficiarios del asilo como personas que sufren persecución política en su país de origen o, si son apátridas, allí donde tienen su residencia habitual. El carácter político de la persecución se encuentra en la raíz de la concepción contemporánea del propio derecho de asilo, tal y como se perfilara en el art. 120 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793, que lo extendía "a los extranjeros exiliados de su país por causa de la libertad". Ha quedado fuera del beneficio del asilo, no pudiendo invocarlo, toda "persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra, la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos."<sup>16</sup> Pero que, descontando las exclusiones admitidas en los escasos instrumentos internacionales que guardan relación con la regulación del asilo, el Estado de acogida determina unilateralmente los motivos por los que los concede.

Los estados han optado, pues, por la desregulación internacional del asilo. Buena muestra de ello fue el fracaso de la Conferencia de las Naciones Unidas que se desarrolló en Ginebra, del 10 de enero al 4 de febrero de 1977, con el objetivo de adoptar una convención internacional sobre asilo territorial. A pesar de que el proyecto de convención sometido a la conferencia no hacía más que recoger las líneas generales de actuación que los estados venían aplicando desde el prisma de su competencia discrecional para decidir sobre su concesión, y sin que se consagrara un derecho subjetivo del particular a obtener el asilo, su no adopción sólo puede ser inter-

11. Véase A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, p. 1011 y ss. y la bibliografía indicada en la p. 1224.

12. F. CREPEAU, *Droit d'asile...*, ob. cit., p. 135 y ss.

13. Establece el art. 14.1 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948 que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país".

14. Incluso algún autor sostiene el carácter de norma de *ius cogens*, de derecho imperativo del principio de no devolución; véase al respecto Cristina J. GORTÁZAR ROTAECHE, *Derecho de asilo y <no recha- zo del refugiado*, Madrid, 1997.

15. Res. 2312 (XXII) de la AGNU, que establece en el art. 3.1 que "ninguna de las personas a las que se refiere el párrafo 1 del art. 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o devolución obligatoria".

16. Art. 1.2 de la Declaración sobre asilo territorial de 1967.

pretada como la preferencia de los estados por la vía legislativa, lógicamente moldeable a discreción, en detrimento de la codificación internacional que, una vez en vigor, les impediría el desarrollo de políticas restrictivas.<sup>17</sup>

### III. Políticas de asilo,

#### ¿políticas de inmigración?

Como hemos advertido, es preciso reconocer que no corren buenos vientos para el derecho de asilo en la Unión Europea, movidos como están sus estados miembros por la obsesión de controlar sus fronteras exteriores, de impermeabilizarlas y así cerrar eficazmente el territorio de los Quince a los crecientes flujos de inmigración económica que embebe a los peticionarios de asilo. Amnistía Internacional advertía ya en noviembre de 1991 que algunos gobiernos europeos venían desarrollando políticas de asilo cada vez más restrictivas y que esta tendencia amenazaba con socavar las normas universales de protección de las personas que huyen de graves violaciones de derechos humanos, más aún cuando se producían en el contexto de un incremento elevado de las peticiones de asilo y cuando tales políticas restrictivas no venían acompañadas de políticas exteriores que incentivaran el cumplimiento de los derechos humanos en los países de origen de los refugiados.<sup>18</sup>

En la misma línea se sitúa la autorizada opinión del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) quien constataba, en este caso en 1995, un declive del compromiso con el principio del asilo y una creciente disposición a ignorar principios de protección y normas humanitarias de mucho arraigo. Advierte ACNUR que los estados, y particularmente los occidentales, están tomando cada vez más medidas para obstaculizar la llegada de solicitantes de asilo, contener a las personas desplazadas dentro de su patria y enviar a los refugiados de regreso a su país de origen lo más rápidamente posible, aunque allí las condiciones sigan siendo inseguras y las poblaciones afectadas no hayan expresado su deseo de repatriarse.<sup>19</sup>

Es este un diagnóstico que cuadra muy bien a las políticas de asilo practicadas por la Unión Europea y sus estados miembros que, como revela un simple vistazo a las estadísticas, han desplegado un grado

de eficacia máxima en el cumplimiento del objetivo de expandir el desánimo entre los potenciales solicitantes de asilo desde 1992 para acá. Sirva inicialmente un solo dato comparativo, según informaciones suministradas por el ACNUR: en 1987 las solicitudes de asilo presentadas en Europa occidental fueron 180.600, frente a las 690.400 correspondientes a 1992. A partir de ese año la curva comenzará a descender, al dejarse notar el efecto de las medidas de política de asilo concertadas por los Estados europeos, más vigorosas en unos casos que en otros. Si prestamos atención a los datos singularizados por países la situación en la República Federal Alemana, que es quien recibe, con gran diferencia sobre el resto, el mayor número de solicitudes de asilo, no tiene punto de comparación con la de cualquier otro Estado del entorno occidental, como refleja el cuadro anexo. Las diferencias entre países, con mayor o menor tradición de acogida y disparidad de regulaciones sobre derecho de asilo antes de 1991 son, por lo menos, sustanciales y ello tendrá, además, gran significación en la política europea sobre asilo e inmigración porque ésta se perfilará atendiendo fundamentalmente a la resolución de los acuciantes problemas de Alemania con los inmigrantes de los países de su *hinterland*.<sup>20</sup>

País	1987	1992	1996
Alemania	57.400	438.200	116.367
España	2.500	11.700	4.730
Italia	11.100	2.500	675
Reino Unido	5.900	32.300	28.000

*Ad calendas graecas*, esto es, antes de que en la década de los setenta la crisis económica incentivara las políticas de cierre de fronteras en Europa Occidental, la inmigración económica era bienvenida en calidad de mano de obra de bajo coste, fácilmente asimilable por un mercado laboral todavía no precarizado. Por su parte, los solicitantes de asilo, en escaso número y normalmente proviniendo de los países socialistas, se beneficiaban de las tensiones desencadenadas por el conflicto Este-Oeste y obtenían así, sin mayores dificultades la concesión del asilo, justificado como reacción frente a la persecución política que alegaban sufrir en sus propios países de origen.

17. Cfr. F. CREPEAU, *Droit d'asile...*, p. 166.

18. Amnistía Internacional, *Europa. La necesidad de una política de asilo...*, p. 2.

19. ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo*, Madrid, 1995, p. 16.

20. En este sentido se pronuncia Ignacio Díez de Aguilar en su contribución "La solicitud de asilo" en F.M. MARINO y otros, *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ed. del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p. 558.

Pero la restricción que los estados occidentales aplicaron a la inmigración por motivos económicos derivó a este colectivo hacia el único camino que, aun con sus dificultades, parecía quedar: la solicitud de asilo. En este sentido Christian Berthiaume<sup>21</sup> advierte de la inteligente apuesta practicada entonces por los inmigrantes económicos, que optaron por refugiarse en los procedimientos de asilo a fin de lograr de esta manera el acceso a lo que intuían como *tierra de promisión* o si no, indudables ventajas: quizás un trabajo durante el tiempo que durase el examen de su solicitud (tres años de promedio, según ACNUR, exige la determinación del estatuto de refugiado); tal vez la posibilidad de adquirir formación profesional en el ínterin, o de anudar lazos con la *población indígena* que franqueen el acceso a las respectivas nacionalidades. Y si se producía la denegación de la solicitud, todavía quedaba la opción de obtener la protección en el Estado de acogida por razones humanitarias. En efecto, la presentación de una solicitud de asilo conllevaba esas sustanciales ventajas, frente al inmisericorde rechazo en frontera a que se encuentra abocado el inmigrante *a secas*, o como alternativa a los indudables riesgos *in itinere* o de la estancia *a salto de mata* de los que optan por la inmigración ilegal. No hay duda de que dicha opción, abusiva del derecho de asilo como reconoce el propio ACNUR, ha motivado la reacción defensiva occidental. Pero ésta, como trataremos de explicar en estas páginas, ha sido desafortunada en detrimento incluso de los auténticos refugiados.

Así que la composición de los flujos migratorios se ha espesado en los últimos tiempos, haciéndose opaco lo que antes resultaba diáfano. Se ha producido la mixtificación del solicitante de asilo, al confluír y confundirse en ese colectivo, que sólo se identifica por la presentación de peticiones de asilo, diversos subgrupos: 1) aquellas personas que huyen de su país de origen ante el temor fundado a sufrir persecución política, y que merecen el calificativo de *refugiados* en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951; 2) aquellas otras que, aun siendo víctimas de persecución política, no entran dentro de la citada definición de refugiado, o porque pretenden sólo escapar de los conflictos armados internos que asolan sus países y que constituyen una de las motivaciones que dan lugar a su condición de desplazados; y, 3) también otros que *sólo* desean evadirse de la miseria, de las ínfimas condiciones de vida en sus lugares de origen. Refugiados, des

plazados e inmigrantes económicos no tienen el mismo portillo de entrada en Occidente, si atendemos a las legislaciones estatales. Los países europeos han optado por admitir sólo a los primeros (en cumplimiento estricto de sus compromisos internacionales), tolerar temporalmente a los segundos (en tanto que mayoritariamente originados por los conflictos europeos a los que, como el yugoslavo, la Unión Europea no supo responder), e ignorar a los terceros (ante la presión de las respectivas opiniones públicas, preocupadas por la escasez de puestos de trabajo, y en la que los brotes de racismo y xenofobia habían encontrado terreno abonado).

Sin embargo, se impone una reflexión generosa sobre la dificultad de la distinción entre solicitante de asilo e inmigrante económico. Quizás haya que practicarla; tal vez, las autoridades estatales deban aquilatar con precaución cuál es el límite de inmigración que cada sociedad se encuentra en condiciones de asumir sin que se produzca una explosión violenta e incontrolada de xenofobia. Pero es preciso reconocer que hace tiempo que la divisoria entre los refugiados y los inmigrantes económicos ha perdido su nitidez. Resulta valioso al respecto seguir la argumentación realizada por ACNUR en su informe correspondiente a la situación de los refugiados en el mundo. Si antes el alto comisariado temía que cualquier debilitamiento entre esa distinción entre refugiado e inmigrante económico redundase en detrimento de los primeros, menoscabando su posibilidad de alcanzar la protección del Estado de acogida, en la actualidad se muestra partidario de reconocer que es necesario un enfoque más abierto pues "los movimientos de refugiados actuales se están produciendo contra un fondo de flujos migratorios mayores y más complejos".<sup>22</sup> Para el ACNUR, el oscurecimiento de la distinción proviene de diversas causas, entre las que destacan las siguientes: 1) La forma en que los estados interpretan la definición de refugiado, establecida por Convención de Ginebra de 1951, a la que hemos hecho mención líneas arriba, que ha traído como consecuencia la denegación de asilo a solicitantes que no reúnen tales requisitos; no obstante, los propios estados europeos han otorgado protección temporal, por motivos humanitarios a un porcentaje significativo de los frustrados solicitantes de asilo. ACNUR entiende que esta protección temporal es el reconocimiento implícito de que a tales personas no les resulta posible volver a un país afectado por

21. Ch. BERTHIAUME, "El asilo amenazado", en *Refugiados*, núm. 89, III-1995, 5.

22. ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo*, Madrid, 1995, p. 197.

un conflicto sin poner en peligro su vida o su libertad. Recuérdese que las reformas que establecieron la restricción del beneficio de asilo a los refugiados se llevaron por delante la figura del asilo humanitario. En la Comunicación de la Comisión de 1994 sobre asilo e inmigración, al hacer mención a las causas profundas de la presión migratoria, se contiene un reconocimiento explícito de la existencia de un colectivo de personas que quedan más allá de la definición de refugiado pero que, no obstante, se encuentran necesitados de protección internacional.

Como advierte la comisión, en otros "supuestos, la propia naturaleza de los movimientos migratorios masivos de que se trata indica que existen otras razones: las tensiones étnicas o religiosas han llegado en general a un punto tal que se ha creado una verdadera situación de guerra civil o de violencia generalizada". La práctica española ilustra la cuestión con un buen ejemplo, contenido en la doctrina sobre asilo del Consejo de Estado:<sup>23</sup> se trataba del caso de una libanesa que no pudo probar en su solicitud de asilo, ni siquiera por indicios, que sufriese la persecución que habilita para considerarla como una refugiada. Aún reconociendo la embajada española que en el Líbano existían zonas donde se podían refugiar los perseguidos de otras áreas del país, el Consejo de Estado tuvo en cuenta razones humanitarias de diversa índole (viudedad, desarraigo, movilidad impracticable...) para aconsejar en su dictamen la concesión del asilo humanitario. En la actualidad, la protección que se podría deparar a dicha persona ya no sería el asilo, sino la temporal que se otorga a los desplazados. 2) La simbiosis en un país determinado de la situación de conflicto armado y caos político con el fracaso económico. Para ACNUR, "hoy, más que nunca, los refugiados forman parte de un complejo fenómeno migratorio, en el que factores políticos, étnicos, económicos, medioambientales y de derechos humanos se combinan y conducen a los movimientos de población".<sup>24</sup>

Ante esta perspectiva, el solicitante de asilo ha visto cómo se erigían ante sí dificultades sin cuento, por razones de muy diversa índole, algunas inherentes a la débil del derecho de asilo que dimana del ordenamiento internacional, otras fruto de las restrictivas políticas europeas que traen causa de la cooperación intergubernamental de los estados miembros de la actual Unión Europea. Incluso países de larga y generosa tradición de acogida al ex-

tranjero perseguido político, que contaban con constituciones consagrando un derecho subjetivo al asilo (como la Ley Fundamental de Bonn, o las constituciones francesa y portuguesa), han reformado sus ordenamientos internos, sus normas fundamentales, para acentuar la discrecionalidad estatal en la concesión del asilo. El resultado práctico de estas políticas ha sido lúcidamente calificado por Francois Crepeau<sup>25</sup> como una estrategia encaminada a la construcción de una auténtica *fortaleza occidental*, que concibe el asilo como un mecanismo de control de los flujos migratorios, un arma para restringirlos, alejando dicha institución de la naturaleza humanitaria y tuitiva que impregna sus inmemoriales tradiciones, embarcando en mil y un obstáculos a los que pretenden alcanzar el estatuto de refugiado, comenzando por disuadirles de presentar sus demandas.

#### **IV. La política europea de asilo y refugio**

##### **1. Fases y entorno de la política de asilo**

La *política europea de asilo* o, en expresión técnica más afortunada, la aproximación al asilo de las políticas de los estados de la Comunidad Europea, ha recorrido diversos tramos desde la creación de aquella hasta la época actual, una vez que entre en vigor el recientemente negociado Tratado de Amsterdam. C. Escobar<sup>26</sup> identifica hasta tres fases claramente diferenciadas, propiciadas por impulsos de las sucesivas reformas de los tratados constitutivos comunitarios: la primera, caracterizada por la indiferencia ante el asilo, se extiende hasta 1985, antesala de la adopción del Acta Única Europea; la segunda, desde esa fecha hasta la reforma efectuada por el Tratado de Maastricht, viene presidida por el despertar del interés comunitario por el asilo a causa del objetivo de la libre circulación de personas en el seno del mercado interior; la tercera fase abarca el periodo de vigencia del TUE y, por lo tanto, el desarrollo del asilo como una cuestión de interés común en el seno de la CAJI. Por nuestra parte, y en congruencia con la periodificación apuntada, señalemos que una vez que entre en vigor el Tratado de Amsterdam se abrirá en la evolución europea

23. Dictamen del Consejo de Estado de 12 de julio de 1990, que extracta David en su libro *Asilo político...*, pp. 373-375.

24. *Ibid.*, p. 198.

25. F. CREPEAU, *Droit d'asile...*, ob.cit.

26. C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, "La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del Tratado de la Unión Europea: El Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen", en F.M. MARINO y otros, *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Ed. del Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pp. 671-72.

del derecho de asilo una innovadora cuarta fase, caracterizada por la comunitarización parcial de este ámbito.

Desde la perspectiva de los procedimientos y técnicas de gestión, como bien indica C. Escobar,<sup>27</sup> la tercera fase destaca respecto de las dos anteriores por su moderadamente mayor calidad integracionista (el asilo concebido como una cuestión de interés común), aunque las tres compartan su naturaleza intergubernamental. Sin embargo, el verdadero salto en la aproximación europea al asilo ha de depárarlo el Tratado de Amsterdam, al superar la técnica de la cooperación intergubernamental transfiriendo determinadas competencias en la materia a la gestión de las instituciones de la Unión Europea e incluso confiando su control jurisdiccional al Tribunal de Luxemburgo.

Si abandonamos al análisis de los procedimientos para ceñirnos a enjuiciar los contenidos de la política sobre asilo, debe sorprender que el *crescendo* constatable en las fases descritas no tiene correlato fiel en el ritmo y calidad de las decisiones adoptadas en el ámbito de la cooperación intergubernamental. En efecto, a la espera de lo que suceda con la aplicación del Tratado de Amsterdam, que determina un plazo de cinco años para la obligada adopción de disposiciones sobre asilo y refugio en determinados ámbitos,<sup>28</sup> sorprende que la CAJI haya sido incapaz de adoptar más de dos medidas sobre asilo al amparo del TUE.<sup>29</sup> Este mínimo nivel de cooperación contrasta fuertemente, en cambio, con el impulso que ésta tuvo en los años anteriores, a partir del Consejo Europeo de Maastricht de 1991, de la posterior comunicación sobre asilo de la comisión del mismo año y del programa elaborado también entonces por los ministros de inmigración, también en 1991.

La estéril cosecha derivada de la CAJI puede venir explicada por diversos factores: en primer término, el logro del objetivo inicial planteado por la política europea sobre asilo en los inicios de los noventa: desincentivar el interés de los inmigrantes por la vía del asilo. Las estadísticas muestran que tras las cimas numéricas de solicitudes de asilo alcanzadas en 1991 y 1992 en los países de la comunidad, las peticiones descendieron radicalmente a partir de

entonces y debido a los significativos cambios introducidos a tal efecto en las legislaciones de los estados miembros, que previamente habían sido pactados en sede de la cooperación intergubernamental. La introducción de conceptos como el de *las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas* (en sus distintas modalidades) y la aceleración consustancial de los procedimientos de examen de las mismas ha implicado un eficaz instrumento y colmando las aspiraciones de los países que, como Alemania, sufrían las mayores presiones migratorias.

En segundo lugar, la parálisis de la CAJI se ha explicado por la pesantez de sus procedimientos y estructuras, por la escasa vinculatoriedad de sus instrumentos y, en particular, por el entorpecimiento que la regla de la unanimidad emana cuando es escasa (por no decir nula) la voluntad de algunos estados miembros en avanzar en una materia tan sensible para la soberanía nacional como es la concesión del asilo. Críticas todas ellas al TUE que revelan un dato sustancial sobre la regulación del asilo en dicho Tratado: que no se ha atendido más que a la determinación de los procedimientos, sin que se haya incluido directriz alguna de carácter sustantivo que pueda iluminar el desarrollo del asilo. De ahí que el carácter tuitivo del instituto se haya encontrado fuertemente comprometido por la gestión pro control de la inmigración llevada a cabo.

Y, finalmente, tampoco es arriesgado afirmar que la desgana de la etapa de la CAJI no se ha beneficiado de la pronta reforma del Tratado de Maastricht en la Conferencia Intergubernamental de 1996, que ha gravitado sin duda en la gestión corriente del Tercer Pilar y, a buen seguro en la opción de recurrir a la pasarela comunitarizadora del art. K.9 del TUE para integrar el asilo en el primer pilar comunitario.

Pero la que venimos denominando *política europea sobre asilo* no ha sido una pieza aislada de las políticas migratorias que se practican en la sociedad internacional, porque los países europeos no son los únicos lugares de destino de la inmigración. Al contrario, aquélla debe enmarcarse en un ámbito más amplio de esfuerzos realizados por parte de los países beneficiarios de inmigrantes, refugiados y solicitantes de asilo para controlar y reducir estos flujos. Es, por ello, ésta una acción política que involucra a todos los países occidentales, aunque sea salvando las distancias de realidades inmigratorias tan dispares como las que afectan, por ejemplo, y con datos del ACNUR correspondientes a 1996, a Dinamarca, que daba protección ese año a 65.000 refugiados; Bélgica que, por su parte, la otorgaba a 36.000; Finlandia, lo hacía a favor de 14.000; Fran-

27. *Ibid.*

28. Art. 61 del TCE, reformado tras el Tratado de Amsterdam.

29. Resolución relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo, de 20 de junio de 1995; y posición común, definida por el consejo el 4 de marzo de 1996, sobre la base del art. K.3 del TUE, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al art. 1 de la Convención de Ginebra de 28 de junio de 1951. sobre el Estatuto de los Refugiados.

cia, de 130.000; o Alemania, que otorgaba su amparo a 300.000. Estos países han trabajado de consuno para generar una respuesta uniforme, sea armonizando las legislaciones, sea estableciendo procedimientos de consulta para elaborar una estrategia común frente al fenómeno de la inmigración *indeseada*.

De esta manera, han creado un marco de consultas informales sobre asilo, refugio e inmigración en el que han participado desde 1985 los estados miembros de la CE con otros países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Noruega o Suiza, y que se ha denominado "las consultas intergubernamentales sobre las políticas de asilo, refugio y migración en Europa, Norteamérica y Australia". El resultado de esta actividad cooperadora no ha servido tanto para provocar una inflexión en las políticas legislativas sobre asilo de los países intervinientes cuanto para dar lugar a intercambios de información, al reenvío de peticionarios de asilo, a la elaboración de estudios para evaluar la situación de los países de origen de los flujos de solicitantes, e incluso a la adopción de acuerdos con países terceros para controlar dichos flujos.

Otras medidas comunes, adoptadas por los países occidentales en los años ochenta, a los efectos de erigir barreras para la entrada de inmigrantes han afectado lógicamente a los potenciales solicitantes de asilo. Entre ellas: el establecimiento en las fronteras (aeropuertos y puertos) de las *zonas internacionales de tránsito* en las que se acantona y detiene irregularmente a los solicitantes mientras se examina su petición, con el inaudito subterfugio de concebirlas como zonas de nadie, extraterritoriales, para luego extraer la inverosímil consecuencia de que si se les devuelve al país de origen no se infringe el principio de *no devolución* que impone el art. 33 de la Convención de Ginebra porque no han accedido al territorio del Estado. O la aplicación de *sanciones a las empresas de transporte* que acarrear extranjeros sin documentos de viaje, que hace de sus empleados un filtro más en el control de los flujos migratorios.<sup>30</sup> O los abundantes *acuerdos de readmisión* (de inmigrantes) entre los países oc-

cidentales y los de su entorno más inmediato, cuyo efecto es una anticipación a las fronteras de dichos estados del rigor en los controles de acceso de extranjeros.

Algunas de estas disposiciones han sido adoptadas a impulsos de la cooperación intergubernamental europea, como la llevada a cabo en el Grupo de Trevi, que sí ha dedicado sus esfuerzos en el ámbito del asilo, a la lucha contra el abuso de esta vía de acceso a territorio europeo. Una muestra de sus líneas de acción demuestra la índole de sus preocupaciones. En 1987, entre otras: la responsabilidad de los transportistas, la prohibición de las solicitudes múltiples o sucesivas presentadas en varios estados miembros o la lucha contra la falsificación de documentos de identidad y de viaje.

Como se dijo, el asilo ha sido una cuestión propia de la soberanía de los estados miembros, no transferida a la Comunidad Europea en el momento de su constitución y que emergió a su interés en fecha tardía al calor de los primeros debates sobre la libre circulación de personas en Europa, como advierte Jean Rossetto.<sup>31</sup> El Libro Blanco sobre la realización del mercado interior, preparado al efecto por la comisión en junio de 1985,<sup>32</sup> proponía, entre otras medidas destinadas al establecimiento del mercado interior, la adopción de una directiva relativa a la coordinación de las normas sobre derecho de asilo y sobre el estatuto de los refugiados, que debía ser adoptada por el Consejo en 1990. No hubo tal, porque el fracaso en utilizar la técnica comunitaria en el tratamiento de la libre circulación de personas arrastró inevitablemente al asilo, en tanto que medida de acompañamiento de aquélla.<sup>33</sup> Así que ni la directiva se adoptó, ni se comunitarizó el asilo, quedando éste al albur de la cooperación intergubernamental.

El objetivo de la armonización de las políticas de asilo permaneció, siendo el Consejo Europeo de Estrasburgo del 8 y 9 de diciembre de 1989 el que lo endosase.<sup>34</sup> Sin embargo,; la cooperación intergubernamental no-discurrió en exclusiva como cooperación a Doce, operada en el seno del grupo *ad hoc* de inmigración. También se benefició de los avances operados en el auténtico laboratorio para la libre circulación de personas que significó la cooperación restringida entre algunos estados miembros llevada a cabo tras la firma del Acuerdo de Schen-

30. Véase, por ejemplo, en lo que se refiere a las obligaciones de los transportistas, en Francia, el art. 20 bis de la Ordenanza francesa de 1945, que determina una multa de un montante máximo de 10.000 FF a la empresa de transporte aéreo o marítimo que desembarque en territorio francés proveniente de otro Estado, a un extranjero no subdito de un Estado miembro de la CEE no provisto de documento de viaje y, según el caso, del visado requerido por la ley o acuerdo internacional que le sea aplicable en razón de su nacionalidad. En sentido similar se pronuncian las secciones 73 y 74 de la Ley alemana de 1991, relativa a la entrada y residencia de extranjeros en el territorio de la República Federal y las multas establecidas en su Sección 93; o, en Bélgica, el Título III bis de la Ley Orgánica modificada de 1980 sobre acceso al territorio, estancia, establecimiento y alejamiento de los extranjeros.

31. Jean ROSSETTO, "Le droit d'asile en Europe: évolution contemporaine", en *AFDI*, 1993,921.

32. Com (85), 310 final.

33. Cfr. C. ESCOBAR, "La regulación del asilo en el ámbito comunitario...", *ob. cit.*, p. 674.

34. Cfr. F. CREPEAU, *Droit d'asile...ob.cit.*, p. 194.

gen de 1985. De hecho, los primeros frutos de ambas vías fueron altamente coincidentes en cuanto a los instrumentos utilizados (convenios internacionales), a las soluciones aportadas (una misma concepción del asilo, como es lógico); pero no en cuanto a su aplicación, porque aunque ambos tratados fueron adoptados con una diferencia de cuatro días (el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen es del 19 de junio de 1990 y el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los estados miembros de las comunidades europeas fue firmado el 15 de junio de 1990), el retraso en el proceso de ratificación de este último instrumento ha diferido su entrada en vigor, que no se ha producido hasta 1997; mientras, el primero lo fue desde el 26 de marzo de 1995 en Bélgica, España, Francia, los Países Bajos, Luxemburgo, Portugal y Alemania.

La cooperación a Doce ha sido más profunda que la desarrollada en el Grupo de Schengen, vertiéndose en instrumentos no vinculantes (resoluciones, enfoques, posiciones comunes,...) antes y después de la entrada en vigor del TUE que han tenido, a pesar de ello, un apreciable calado en las legislaciones de los estados miembros. Analizaremos en primer lugar los dos instrumentos convencionales, para luego enjuiciar los resultados de la cooperación vertida en instrumentos no convencionales.

## **2. La práctica convencional europea relativa al asilo**

Ya hemos dicho que las dos vías de la cooperación intergubernamental en el ámbito europeo, la restringida del Grupo de Schengen, y la ampliada a Doce, concretaron la aproximación al asilo en sendos tratados internacionales, negociados por las mismas personas y adoptados en el plazo de cuatro días: respectivamente, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990 y el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los estados miembros de las comunidades europeas, de 15 de junio de 1990. Lo que tienen en común, como sostiene C. Escobar,<sup>35</sup> que ha estudiado con detenimiento ambos convenios, es tanto la finalidad de su adopción, como que constituyen el punto de partida para una aproximación global y sistemática al asilo desde la

óptica comunitaria. En cuanto a su finalidad, fue la de combatir dos problemas fundamentales del abuso del asilo: el de los refugiados en órbita, cuya solicitud de asilo rebota de Estado en Estado, sin que ninguno la examine; y el de las solicitudes múltiples, presentadas por un mismo candidato a obtener el asilo en diversos estados. Las soluciones dadas al respecto en los dos tratados son miméticas, reproduciendo casi literalmente la Convención de Dublín los términos del convenio de aplicación (o a la inversa), dada la coincidencia lógica de los equipos negociadores. Y sobre su condición de germen del tratamiento "comunitario" del asilo, baste el análisis del concepto de asilo que implícitamente sustentan ambos convenios para calibrar sus rasgos fundacionales, que se prolongan y ramifican a lo largo de toda la práctica no convencional en el grupo *ad hoc* de inmigración, posteriormente en la CAJI, para luego adquirir rango comunitario en el Tratado de Amsterdam.

El objeto esencial de ambos convenios, en lo que se refiere al asilo, es la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud concreta, siempre desde la más estricta adhesión a los compromisos internacionales previamente adquiridos; no en vano los estados partes en ambos instrumentos internacionales lo son también de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.<sup>36</sup> Esta profesión de fe ya de por sí muestra el alcance restrictivo de la configuración europea del asilo, concretado en las definiciones de las solicitudes de asilo como aquéllas por las que se pide la protección de la Convención de Ginebra invocando la condición de refugiado.<sup>37</sup>

Solicitante de asilo será el potencial refugiado, en el sentido que a tal término da el art. 1 A de la Convención de Ginebra de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 1967. Tal configuración restrictiva se expandirá en las legislaciones de los estados miembros, en detrimento de concepciones más amplias, que integraban el asilo humanitario, concedido aunque el solicitante no reuniese los requisitos para ser reconocido como refugiado. Así ocurrió en el caso español con la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que sostenía un régimen dual para el asilo y el refugio hasta la modificación operada en ella por la Ley 9/1994.<sup>38</sup> En el mismo

35. Véase, junto a su trabajo ya citado ("La regulación del asilo en el ámbito comunitario..."), su "El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria", en RIE, 1993, 53 y ss.

36. Art. 2 del Convenio de Dublín y art. 28 del Convenio de Aplicación

37. Art. 1.1.b del Convenio de Dublín y art. 1 del Convenio de Aplicación.

38. Véase M. Luisa ESPADA RAMOS, "El derecho de asilo a revisión: los costes de la coherencia con Europa", en *Derechos y Libertades*, 1994, núm. 3, 157 y ss.

sentido, por ejemplo, las legislaciones de Alemania,<sup>39</sup> Austria,<sup>40</sup> Irlanda,<sup>41</sup> Portugal.<sup>42</sup>

En cambio, Suecia sigue manteniendo una concepción amplia, al entender que tal término se refiere al permiso de residencia otorgado a un extranjero porque, o es un refugiado, o sin ser un refugiado no puede volver a su país de origen dada la situación política allí existente (Secc. 1 del Cap. 3 de la Ley de extranjeros de 1989).

Pues bien, ambos convenios crean el compromiso de examinar toda solicitud de asilo presentada por un extranjero a cualquiera de los estados parte, en su territorio (art. 29 del Convenio de Aplicación), o ya sea en la frontera o en su territorio (art. 3 del Convenio de Dublín). Esta última disparidad entre ambos textos, sostenida en la concepción inadmisibles de la frontera como un ámbito espacial extraterritorial, puede ser, lo advierte F. Crepeau,<sup>43</sup> un anticipo justificativo de las zonas de espera aeroportuarias en las que se acantonan a los solicitantes, aduciendo que todavía no han ingresado en el territorio del Estado. El compromiso de examen de toda solicitud de asilo que se presente es, por tanto, la máxima garantía que incorporan ambos convenios en favor del solicitante, a los efectos de cumplir con el principio de no devolución del art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951. Pero no es una garantía absoluta, en el mismo sentido que tampoco lo es el principio de no devolución, que no parece impedir la expulsión del solicitante hacia países terceros en los que aquél no sufra persecución. Los convenios se encargan además de subrayarlo: "todo Estado miembro conservará la posibilidad, en aplicación de su derecho nacional, de enviar a un Estado tercero a un solicitante de asilo, respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York", reza el art. 3.5 del Convenio de Dublín. El art. 29.2 del convenio de aplicación parece más contundente, al sostener que el compromiso de examen de la solicitud de asilo no obligará a una parte contratante a autorizar en todos los casos la entrada o estancia del solicitante de asilo en su territorio, conservando el derecho a devolverlo o expulsarlo a un tercer Estado, con arreglo a sus disposiciones nacionales y a sus obligaciones internacionales.

Tal posibilidad ha sido orquestada por los estados miembros hasta la saciedad, a través de los acuer-

dos de readmisión, y de los conceptos de países de origen y de tránsito seguros, a raíz de la armonización operada por la conferencia de Londres de diciembre de 1992 de los ministros de inmigración, a los que posteriormente haremos referencia, que calaron con profundidad en las legislaciones de los estados miembros. Las solicitudes provenientes de países de origen o de tránsito seguros, al igual que las calificadas como manifiestamente infundadas, serán normalmente inadmitidas a trámite. En cuanto a la determinación del Estado responsable de examinar la solicitud de asilo, ambos convenios establecen un mecanismo de reparto de dicha responsabilidad, para que "sea cual fuere la Parte contratante que reciba la solicitud de asilo del extranjero, una sola Parte contratante será responsable del examen de dicha solicitud".<sup>44</sup> Sin embargo, todos los estados partes conservan el derecho a examinar una solicitud de asilo que le sea presentada por un extranjero, aunque no fueran los responsables de su examen en virtud de la aplicación de los convenios.<sup>45</sup> E incluso un Estado responsable del examen podrá pedir a otro Estado parte, por razones humanitarias y a solicitud del interesado, que asuma tal responsabilidad; sin embargo, el Estado parte requerido tendrá que dar su consentimiento.<sup>46</sup> El mecanismo de cooperación se encuentra articulado en diversos criterios de atribución, casi idénticos para ambos convenios, que funcionan sucesivamente. Seguiremos para su exposición, la ordenación realizada por C. Escobar.<sup>47</sup> Expuestos *grosso modo*, los criterios hacen responsable del examen al Estado: 1) que haya autorizado expresamente la entrada del solicitante en su territorio, por la concesión de visado o de un permiso de residencia;<sup>48</sup> 2) que la haya autorizado tácitamente, al establecer la exención a la exigencia de visado;<sup>49</sup> 3) que la haya permitido implícitamente, como consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia de fronteras;<sup>50</sup> y, 4) ante el que se ha presentado la solicitud, en el caso en el que no sea aplicable ninguno de los criterios anteriores.<sup>51</sup>

39. Secc. 2.1 de la Ley alemana de procedimiento de asilo de 1992.  
40. Art. 2 de la Ley federal austríaca sobre el otorgamiento del derecho de asilo de 1991, modificada en 1994.  
41. Sección 2 de la Ley irlandesa de refugiados de 1996.  
42. Art. 1.a de la Ley portuguesa de 1993 sobre derecho de asilo.  
43. F. CREPEAU, *Droit d'asile...*, p. 223.

44. Art. 29.3 del Convenio de Aplicación y análogo art. 3.2 del Convenio de Dublín.  
45. Art. 29.4 del Convenio de Aplicación y art. 3.4 del Convenio de Dublín.  
46. Art. 36 del Convenio de Aplicación y art. 9 del Convenio de Dublín.  
47. C. Escobar, "El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín...", *ob. cit.*, 65-78.  
48. Art. 5 del Convenio de Dublín y art. 30.1.a del Convenio de Aplicación.  
49. Art. 5.2.b y c. del Convenio de Dublín y art. 30.1.d del Convenio de Aplicación.  
50. Art. 6 del Convenio de Dublín y art. 30.1.e del Convenio de Aplicación.  
51. Art. 8 del Convenio de Dublín y art. 30.3 del Convenio de Aplicación.

Una de las diferencias existentes entre ambos convenios se refiere al carácter absoluto que otorga el convenio de aplicación a los criterios anteriores, frente al mayor relativismo con que los suaviza el Convenio de Dublín. Por ejemplo, el primer convenio da validez, a efectos de la atribución de la responsabilidad del examen de la solicitud, a los títulos de entrada en el país que ostenta el solicitante, hayan caducado o no,<sup>52</sup> mientras que el Convenio de Dublín sólo les otorga validez si no han caducado o si el extranjero no se ha desplazado a territorio de otro Estado.<sup>53</sup> La diferencia de rigor entre ambos convenios encuentra fácil explicación en la supresión de fronteras interiores que tiene lugar en el espacio Schengen, mientras que no ocurre lo mismo para el Convenio de Dublín que, como señala C. Escobar,<sup>54</sup> presume la continuidad de su existencia.

Además de dichos criterios, funcionan otros dos de carácter especial: 1) cuando la solicitud se presente en una zona de tránsito internacional del aeropuerto de un Estado miembro, éste será el responsable de examinarla; criterio que únicamente se establece en el Convenio de Dublín,<sup>55</sup> y, 2) cuando a algún miembro de la familia del solicitante se le hubiese reconocido la condición de refugiado en un Estado miembro y residiese en él legalmente, dicho Estado sería el responsable del examen, siempre que los interesados consintiesen en ello.<sup>56</sup> Ahora bien, el alcance de esta reunificación familiar es restrictivo, pues sólo se aplica al cónyuge del solicitante de asilo, su hijo soltero menor de 18 años, o, si el propio solicitante es soltero y menor de 18 años, a su padre o su madre.

En el caso de las solicitudes múltiples, el convenio de aplicación cuenta con reglas específicas: en el caso en que el solicitante ya ha presentado previamente otra en otro Estado parte y se está estudiando, éste último será el único Estado responsable,<sup>57</sup> pero si ya hubiese obtenido una decisión definitiva para la solicitud de asilo anterior, será responsable la parte contratante que examinó la anterior si el solicitante no hubiese abandonado el territorio de los estados partes.<sup>58</sup>

### **3. La práctica no convencional europea relativa al asilo antes del TUE**

El impulso a la cooperación intergubernamental en materia de asilo ha sido dado muy directamente, en 1991, por el Consejo Europeo de Luxemburgo, que solicitó se le presentasen para su siguiente reunión (en Maastricht, en diciembre de ese año) propuestas de armonización de las legislaciones de los estados miembros. De tal objetivo trajo causa la Comunicación que la Comisión dirigió al Consejo y al Parlamento sobre el derecho de asilo; y el programa de trabajo que los ministros de inmigración de los Doce incorporaron en su Informe de 3 de diciembre de 1991 sobre las políticas de inmigración y asilo al citado Consejo Europeo de Maastricht. Los ministros no pretendieron armonizar completamente las legislaciones internas sobre derecho de asilo, circunstancia que hubiera tenido efectos sustanciales sobre las mismas. Muy al contrario, como luego reconociera la Comisión Europea en su ulterior Comunicación de 1994, hasta dicha fecha (y luego tampoco) no se había llevado a efecto una verdadera armonización de las diferentes políticas de asilo, sino más bien una aproximación voluntaria de las mismas, en la medida en que los instrumentos a los que ha recurrido la cooperación intergubernamental carecían de naturaleza vinculante, quedando pues al arbitrio de los Estados incluso su interpretación.

No obstante, las líneas de actuación anunciadas en el programa de trabajo de los ministros de inmigración en 1991, siguiendo en gran medida las líneas avanzadas por la citada Comunicación de 1991 de la comisión, enunciaron una cargada agenda de temas susceptibles de cooperación intergubernamental, ordenados en seis apartados:

a. La aplicación de la Convención de Dublín, abordando la interpretación común de los conceptos en ella utilizados, los intercambios de información, los mecanismos para su aplicación, el establecimiento de un manual práctico de aplicación de sus criterios y la lucha contra las demandas de asilo presentadas bajo falsa identidad.

b. La armonización de las reglas de fondo del derecho de asilo, tratando las condiciones evidentes que permiten constatar que una demanda de asilo es manifiestamente infundada; la definición y aplicación armonizada del principio del primer país de acogida; la apreciación común de la situación en los países de origen con vistas bien a la admisión o al alejamiento de sus nacionales; y la aplicación armonizada de la definición de refugiado.

52. Art. 30.1.c del Convenio de Aplicación.

53. Art. 5.4 párrafo segundo del Convenio de Dublín.

54. C. ESCOBAR, "El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y el Convenio de Dublín...", *ob. cit.*, 69.

55. Art. 7.3 del Convenio de Dublín.

56. Art. 4 del Convenio de Dublín y art. 35 del Convenio de Aplicación. '

57. Art. 30.1 .f del Convenio de Aplicación.

58. Art. 30.1 .g del Convenio de Aplicación.

c) La armonización de la política de expulsión, apreciando en común la situación de los países de origen y poniendo a punto los diferentes aspectos de la política de expulsión.

d) La creación de un Centro de información, reflexión e intercambio (CIREA), en la Secretaría del Consejo, para fomentar tanto los intercambios de informaciones escritas sobre la legislación, la política, la jurisprudencia y las informaciones relativas a los países de origen, así como informaciones estadísticas; como los intercambios orales y las reuniones informales de funcionarios encargados de la aplicación de las políticas de asilo.

e) El examen jurisdiccional del asilo, en concreto de la cuestión de la garantía de la aplicación armonizada de la política de asilo, y

f) La armonización de las reglas de fondo del derecho en materia de asilo, previo estudio de los datos sobre las condiciones actuales de acogida.

No se recogieron algunos puntos que sí venían explícitamente mencionados en la Comunicación de la Comisión de 1991, y que revelan un más hondo calado en las ambiciones armonizadoras sobre asilo que, en algunos casos, no alcanzarán a plasmarse en un texto antes del Tratado de Amsterdam de 1997. Entre otras cuestiones, la Comisión menciona la extensión de la Convención de Dublín a países limítrofes, la armonización de disposiciones y prácticas relativas a los solicitantes de asilo que no se pueden reenviar por causa del riesgo (refugiados *de facto*), el establecimiento de un órgano jurisdiccional común destinado a armonizar las interpretaciones nacionales del derecho de los refugiados e indirectamente las prácticas administrativas.

Tres años después, la comisión, en su siguiente comunicación sobre las políticas de inmigración y asilo de 1994, pasó revista a la aplicación del programa de trabajo de 1991<sup>59</sup> e identificó los objetivos a alcanzar en la siguiente etapa, en el seno de una concepción sobre el derecho de asilo que supone una leve vuelta de tuerca a la estrategia europea, al embridarlo al futuro de las políticas de inmigración. Así, constató los avances producidos como resultado de la Conferencia de Londres de diciembre de 1992, concretados en la adopción de una resolución sobre las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas, otra resolución sobre un enfoque armonizado de las cuestiones referentes a los países terceros de acogida y, finalmente, unas conclusio-

nes relativas a los países en los que en términos generales no existe peligro grave de persecución; la adopción de medidas preparatorias relacionadas con la aplicación de la Convención de Dublín, como las referidas a los medios de prueba, o a los funcionarios de contacto, entre otras; la creación del CIREA, creado por los ministros de Inmigración en su reunión de Lisboa de 1992, que se ha encargado desde esa fecha, en el marco de la PESC, de elaborar informes comportando una valoración común de los países de origen con miras a la admisión o a la expulsión de sus nacionales; la elaboración de un informe, que obra en poder de los ministros de Inmigración, sobre las diferencias y similitudes de los derechos positivos de los estados miembros con vistas a la aplicación armonizada de la definición de refugiado del art. 1 A de la Convención de Ginebra de 1951, campo en el que hasta 1996 no se llegaría a adoptar una disposición común: una Posición común sobre la base del art. K.3 del TUE. Finalmente, constató la comisión la falta de trabajo tanto en lo que se refiere al objetivo de garantizar una aplicación armonizada de la política de asilo como en aproximar las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo.

Pasando ahora a analizar los resultados de la *política europea de asilo*, en esta etapa pre-Maastricht, los frutos iniciales y paradigmáticos de la cooperación intergubernamental han surgido de la conferencia que reunió en Londres, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1992, a los ministros de los Doce competentes en temas de inmigración. La idea- fuerza del programa de trabajo de los ministros de inmigración, adoptado por el mencionado Consejo Europeo de Maastricht de diciembre de 1991, y en general de la política armonizadora de la entonces Comunidad Europea, ha consistido en incentivar la aceleración de los procedimientos de otorgamiento de asilo mediante la consagración de una categoría particular de solicitudes de asilo: la solicitud manifiestamente infundada. Este instrumento permitirá que los estados hagan frente a una acrecentada presión migratoria juzgada indeseable, al permitirles discriminar los "auténticos refugiados" de los inmigrantes por motivos espurios a la Convención de Ginebra de 1951, cuyo único y al parecer no deseable anhelo, estriba en mejorar sus condiciones de vida, en alcanzar un puesto de trabajo en la "tierra de promisión occidental".

El concepto de *solicitud manifiestamente infundada* ha surgido en la práctica de los países de la Europa occidental, a inicios de los años ochenta, como una categoría que, en el seno de los procedimientos para el reconocimiento del estatuto del refugiado, permitía eliminar todas aquellas sollicitu-

59. Anexo II de la Comunicación de 1994.

des que, de manera evidente, no guardaban relación manifiesta con la concesión de tal estatuto. Tal práctica ha sido, incluso, admitida, siempre con las debidas cautelas, por el ACNUR, que ha sentado un criterio concreto para la definición de las mismas.

Para el ACNUR "los procedimientos nacionales de determinación del estatuto de refugiado podrán prever disposiciones especiales para tratar con celeridad las solicitudes consideradas tan manifiestamente infundadas que no merecen un estudio en profundidad en cada fase del procedimiento. Estas solicitudes han sido calificadas como *claramente abusivas o manifiestamente infundadas* y debe entenderse que son solicitudes claramente fraudulentas y que no se asocian ni a los criterios previstos por la Convención de Naciones Unidas de 1951 relativa al estatuto de los refugiados para el otorgamiento de tal estatuto ni a otros criterios que justifiquen el otorgamiento del asilo".<sup>60</sup>

Desde la óptica europea ha sido la Conferencia de Londres la que ha perfilado el concepto de solicitud de asilo *manifiestamente infundada* e incentivado la tramitación acelerada de las mismas. Dicha conferencia ha adoptado una primera "Resolución sobre las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas"; una segunda "Resolución sobre un enfoque armonizado de las cuestiones referentes a los países terceros de acogida"; y, finalmente, unas "Conclusiones relativas a los países en los que, en términos generales, no existe peligro grave de persecución". Las tres disposiciones constituyen un *corpus* interrelacionado hasta tal punto que, como ha advertido la doctrina,<sup>61</sup> significan la consagración de tres subtipos de la ya mencionada categoría de las solicitudes manifiestamente infundadas. El primer subtipo es el de las *solicitudes manifiestamente infundadas* en sentido estricto. El segundo, el de aquellas solicitudes de asilo presentadas por personas que provienen de países terceros considerados seguros. Y el tercero, las presentadas por nacionales de países en los que se considera que, por regla general, no existe riesgo serio de persecución. En los tres supuestos se autoriza a los estados a que tramiten dichas solicitudes de asilo manifiestamente infundadas mediante un procedimiento acelerado, cuando éste exista en la legislación de cada país o cuando decidan introducirlo los estados.<sup>62</sup> Dicho

procedimiento acelerado consistirá en ahorrarse un examen completo de cada una de las fases de que conste, resolviendo en primera instancia lo antes posible y, a más tardar, en el plazo de un mes. También se concluirán con celeridad los procedimientos de apelación o revisión, pudiendo simplificarse más que los que se aplican en los casos de otras solicitudes denegadas.

Realmente no acaba aquí la aceleración de los procedimientos a los que se someten las solicitudes de asilo. La misma resolución reconoce la posibilidad de que los estados miembros establezcan "procedimientos de admisibilidad en virtud de los cuales determinadas solicitudes podrán ser denegadas con mucha rapidez por razones objetivas",<sup>63</sup> sin explicitar que éstas tengan que ser o no manifiestamente infundadas. La resolución que comentamos deja asimismo subsistentes otros procedimientos acelerados que puedan existir en las legislaciones internas de los estados miembros, aplicables por la urgencia de la solicitud, "en caso de que el solicitante haya sido declarado culpable de un delito grave en territorio de los estados miembros, si el caso cayera manifiestamente dentro de las situaciones contempladas en el art. I.F de la Convención de Ginebra de 1951 o por graves motivos de seguridad pública, aun cuando estos casos no sean manifiestamente infundados"<sup>64</sup> según la definición contenida en esta resolución.

La denegación de una solicitud de asilo manifiestamente infundada implicará para el Estado miembro que ha resuelto el expediente la obligación de asegurar que el solicitante abandona el territorio comunitario, salvo que por otros motivos obtuviese un permiso de entrada o permanencia.<sup>65</sup> Vayamos ahora a examinar cada uno de los subtipos que se incluyen en la más amplia categoría de las solicitudes manifiestamente infundadas:

1) Las solicitudes de asilo *manifiestamente infundadas stricto sensu* vienen definidas en la "Resolución sobre las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas", entendiéndose por tales aquéllas que no se basan con toda evidencia en ningún elemento sustancial contemplado en la Convención de Ginebra y en el Protocolo de Nueva York, por concurrir alguna de las siguientes razones: primera, no tiene fundamento la alegación del solicitante de temer persecución en su propio país; y segunda, la alegación se basa en un engaño deliberado o en un abuso del procedimiento de asilo. Examinemos los dos supuestos:

60. Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR núm. 30 (XXXIV/1983) sobre el problema de las solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas del estatuto de refugiado o del asilo, punto d.

61. F. CREPEAU, *Droit d'asile...*, ob. cit., p. 259.

62. Resolución sobre solicitudes de asilo manifiestamente infundadas -en adelante RSAMI-, apartado 2.

63. *ibid.*

64. RSAMI, apartado 11.

65. RSAMI, apartado 5.

a) La alegación infundada del solicitante de temer persecución en su propio país. Una solicitud alegará infundadamente el temor a persecución en tres supuestos concretos que implican un planteamiento de la cuestión de la condición de refugiado que no se condice con lo preceptuado en la Convención de Ginebra de 1951.<sup>66</sup> En primer lugar, si el solicitante alega motivos que no caen dentro del ámbito de aplicación de la citada convención, como puede ser la mejora de las condiciones de vida o la búsqueda de empleo, en vez de invocar el temor a ser perseguido por su pertenencia a una raza, religión, nacionalidad, grupo social o por sostener determinadas opiniones políticas.<sup>67</sup> El segundo supuesto acoge el caso de una solicitud totalmente infundada debido a que no facilita elemento alguno del que se desprenda que el solicitante haya estado expuesto al temor a persecución, o si su relato es genérico y no personalizado o circunstancial.<sup>68</sup> Finalmente, una solicitud es también manifiestamente infundada si carece ostensiblemente de toda credibilidad, debido a que el relato del solicitante es incoherente, contradictorio o fundamentalmente inverosímil.<sup>69</sup>

La resolución añade un supuesto más, vinculado a la hipótesis del temor del solicitante a sufrir persecución. Aun existiendo éste, sería también manifiestamente infundada una solicitud que presenta una persona que hubiera podido disponer fácilmente de protección eficaz en otra zona geográfica determinada de su país de origen, siempre que fuera razonable esperar que se trasladara allí, de acuerdo con el art. 33.1 de la Convención de Ginebra.<sup>70</sup> Para la correcta aplicación de este supuesto los estados miembros han decidido que se consultarán mutuamente y que tendrán en cuenta la información recibida de ACNUR.

b) La alegación se basa en un engaño deliberado o en un abuso del procedimiento de asilo. El segundo motivo por el que se puede calificar como manifiestamente infundada una solicitud consiste en que se utilice en ella el engaño deliberado o en que abuse el solicitante del procedimiento de asilo. Así sucede en un conjunto de supuestos recogidos por la Resolución de 1992,<sup>71</sup> que no se configuran inicialmente como una lista cerrada, puesto que se contempla la posibilidad de que los estados miembros, tras evacuar consultas, apliquen el procedimiento acelerado a nuevas solicitudes que puedan surgir.

En cuanto a las causas específicamente contempladas en la resolución, unas se encuentran emparentadas al recurso al fraude o engaño deliberado. Esto ocurre cuando la solicitud se basa en una identidad falsa o en documentos falsos; si se ha recurrido en las alegaciones a descripciones deliberadamente falsas; si se han destruido, dañado o eliminado con mala fe pasaportes, documentos o billetes relacionados con la alegación, siempre que tal destrucción tenga la finalidad de establecer una identidad falsa o dificultar el examen de la solicitud.

En cambio, otras causas suponen un abuso de los procedimientos de asilo, como sucede cuando deliberadamente no se ha declarado haberse presentado en otro u otros países una solicitud de asilo, particularmente cuando se estén utilizando falsas identidades; si se presenta la solicitud de asilo con objeto de suspender una medida de expulsión en curso, aunque con anterioridad se tuvieron oportunidades para presentarla; si se ha omitido flagrantemente el cumplimiento de obligaciones positivas que las legislaciones nacionales imponen a los solicitantes incursos en procedimientos de asilo; o si el solicitante presenta en un Estado su alegación después de haber visto cómo se le deniega la misma en otro Estado miembro tras un examen revestido de las garantías procedimentales y de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951. El concurso de esta última causa exige la realización de contactos entre los Estados miembros, siempre a través del ACNUR.

Todas estas causas, a falta de una explicación satisfactoria que justifique el comportamiento del solicitante, al constituir elementos probatorios de la mala fe de éste, permitirán la aplicación por el Estado en cuestión de los procedimientos acelerados. Alguna cautela se añade en la aplicación de tales causas, al entenderse que no podrán en sí mismas pesar más que un temor fundado de persecución, tal y como se contempla en el art. 1 de la Convención de Ginebra.<sup>72</sup>

La permeabilidad de las legislaciones de los estados miembros al concepto de solicitud de asilo manifiestamente infundada es notable. Luxemburgo, en el art. 9 de la Ley de 3 de abril de 1996 sobre creación de un procedimiento relativo al examen de una solicitud de asilo, acoge la definición dada por la Conferencia de Londres, y la desarrolla posteriormente en un reglamento de 22 de abril de 1996 sobre la aplicación de los arts. 8 y 9 de la Ley de 1996. En cambio, *Grecia* lo endosa tímidamente en

66. RSAMI, apartado 6.

67. RSAMI, apartado 6, letra a.

68. RSAMI, apartado 6, letra b.

69. RSAMI, apartado 6, letra c.

70. RSAMI, apartado 7.

71. RSAMI, apartado 9.

72. RSAMI, apartado 10.

el art. 25 par. 3 de la Ley 1975/1991 sobre entrada, salida, permanencia, trabajo, deportación de extranjeros, procedimientos de reconocimiento de refugiados y otras disposiciones. Portugal aplica los procedimientos de examen acelerado a las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas, siguiendo lealmente el tenor de la Resolución de 1992 a efectos definitorios (art. 19.a de la Ley 70/93 de 29 de septiembre sobre el derecho de asilo). En cambio, Alemania ha expandido de manera considerable la definición de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas en su Ley de procedimiento de asilo de 1992 (Sección 30). Ya de por sí el punto de partida resulta excesivo, al entender que merecerá tal calificación la solicitud que no reúna obviamente los prerequisites exigibles para ser titular del derecho de asilo, tal y como aparecen definidos en la Secc. 51 par. 1 de la Ley sobre extranjeros de 1991 (que no son sino un recordatorio de la definición de refugiado ex Convención de Ginebra de 1951). *Item* más del exceso: el par. 2 de la Sección 30, al explicitar que una solicitud de asilo será en especial manifiestamente infundada si resulta obvio de las circunstancias del caso individual que el extranjero permanece en el territorio federal sólo por razones económicas o con la finalidad de evadirse de una situación de emergencia o un conflicto armado. Posteriormente, en el parágrafo 3 de la misma Sección se recogen hasta 6 supuestos en que una solicitud infundada devendrá en manifiestamente infundada.

Por su parte, España no ha recogido explícitamente en su legislación sobre asilo y refugio el tratamiento de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas. Todo lo más, condena a la inadmisión a trámite las solicitudes que no alegan ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado (art. 5.6.b de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado) o cuando se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección (art. 5.6.d).

2) *La Resolución sobre un enfoque armonizado de las cuestiones referentes a los países terceros de acogida (o países de tránsito seguro)* desarrolla uno de los subtipos de solicitudes de asilo manifiestamente infundadas reconocidos en la resolución matriz que regula tales solicitudes." El objetivo pretendido por la introducción de tal concepto es el de combatir las solicitudes de asilo de refugiados que abandonaron

¡legalmente los países en los que ya se les había concedido protección o en los que tenían oportunidad de haberla obtenido. Concepto que, como analiza *in extenso* F. Crepeau,<sup>74</sup> ha sido admitido progresivamente por ACNUR, gracias a las presiones de los países occidentales, aunque condicionando su aplicación a la consagración de determinadas garantías en favor del solicitante de asilo. En este sentido se alinean las conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR núm. 15 (XXX/1979) y núm. 58 (XL/1989) y un documento de trabajo elaborado por ACNUR en 1992.

Las conclusiones núm. 58 de 1989 habilitan a un Estado a reenviar al solicitante de asilo al primer país de acogida que ya le había otorgado protección y cuyo territorio abandonaron de manera irregular siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1) si quedan protegidos contra las medidas de expulsión; y, 2) si son autorizados a permanecer allí y son tratados conforme a las normas humanitarias de base reconocidas. Excepcionalmente el ACNUR entiende que un refugiado o solicitante de asilo puede legítimamente avanzar que existen razones para temer persecución o que su seguridad física o su libertad se encuentran amenazadas en el país en el que ha encontrado primero protección. Enriqueciendo tales conclusiones, el ACNUR exige en su documento de trabajo de 1992 que el refugiado haya residido en el primer país de acogida, que se establezca un acuerdo entre ambos países de primera y segunda acogida, y que este último establezca las razones por las que el solicitante ha abandonado aquél. Además, señala los requisitos a tener en cuenta para identificar un primer país de acogida: que haya ratificado la Convención de Ginebra de 1951 y respete su contenido, especialmente el principio de no devolución; que también haya ratificado (y respete su contenido) otros instrumentos internacionales relativos a los derechos y libertades; que tenga voluntad de aceptar a los solicitantes de asilo reexpedidos por otros países; que les autorice a permanecer en su territorio mientras dura el examen de su solicitud y hasta que se encuentre una solución permanente; y que en el procedimiento del examen de la solicitud de asilo se respeten las normas humanitarias fundamentales. La resolución adoptada en la Conferencia de Londres asienta un conjunto de principios que deben regir la aplicación formal y material del concepto de país tercero de acogida. En cuanto a los principios que rigen la aplicación formal, son los siguientes: 1) la cuestión de determinar que un país es país

73. RSAMI. apartado I.b).

74. F. CREPEAU, *DROIT D'ASILE...*, pp. 266-284.

tercero de acogida debe preceder al examen de la solicitud de asilo y su fundamento; 2) el concepto de tercer país de acogida es aplicable a todas las solicitudes de asilo, aspiren o no los solicitantes a verse reconocidos como refugiados; 3) si existe el país tercero de acogida podrá denegarse el estudio de la solicitud de asilo y se enviará a dicho país al solicitante; 4) si el solicitante no puede ser enviado a un país tercero de acogida será de aplicación la Convención de Dublín; y, 5) todo Estado miembro conservará la posibilidad, por razones humanitarias, de no expulsar al solicitante de asilo a un país tercero de acogida.

Pero, ¿qué se entiende por *país tercero de acogida*? La resolución recoge una serie de requisitos fundamentales para llevar a cabo esa operación calificadora, en el entendido de que su determinación corresponderá al Estado miembro en cada caso individual. Se tratará de un país tercero de acogida aquél en el que: 1) el solicitante no debe ser objeto de amenazas contra su vida o su libertad; 2) ni debe estar expuesto a torturas o tratos inhumanos o degradantes; 3) el solicitante tiene que haber logrado protección o haber tenido la posibilidad, en la frontera o en el territorio de dicho Estado, de solicitarla antes de dirigirse al Estado miembro en el que solicite el asilo, o bien tiene que haber pruebas claras de que vaya a ser admitido en un país tercero; y, 4) el solicitante debe gozar de protección efectiva contra la devolución, con arreglo a la Convención de Ginebra.

Obviamente, la aplicación del concepto de país tercero de acogida entra en colisión con el objeto material de la Convención de Dublín: la determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo. Por eso la resolución regula en un último apartado sus relaciones con el mencionado convenio, determinando que si el Estado que tiene ante sí la solicitud de asilo decide aplicarle el principio de país tercero de acogida, iniciará los procedimientos necesarios para devolver al solicitante a dicho país, antes de contemplar el traspaso de la responsabilidad del examen de la solicitud a otro Estado miembro en cumplimiento del Convenio de Dublín. Pero en el caso contrario, cuando un Estado resulta ser responsable del examen de la solicitud en cumplimiento de dicho convenio, no podrá rechazar tal responsabilidad alegando que el Estado que se lo requiere tendría que haber devuelto al solicitante a un tercer país de acogida. Aunque también es cierto que el Estado responsable del examen conserva por sí mismo la posibilidad, en cumplimiento de su derecho nacional, de enviar al solicitante de asilo a un país tercero de acogida.

La legislación de los estados miembros ha hecho amplio uso del concepto de primer país de acogida o país de tránsito seguro. Alemania, que lo ha consagrado en su Ley Fundamental (art. 16a par. 2 primer párrafo), desarrolla el concepto en la Sección 26a de la Ley de Procedimiento de Asilo de 1992, entendiendo que los solicitantes que provengan de los estados miembros de la CE y de otros países contenidos en el Anexo I de la misma Ley (Noruega, Polonia, Suiza y la República Checa) no son titulares del derecho de asilo. En Austria no se otorga el asilo al refugiado que se encontraba al abrigo de persecuciones en un tercer Estado (art. 1.3 de la Ley sobre el Derecho de Asilo de 1991); Irlanda la considera una solicitud manifiestamente infundada (Sección 12.4.k de la Ley de Refugiados de 1996), y lo mismo sucede con los Países Bajos (Sección 15 c.c de la Ley sobre Extranjeros de 1965, modificada en 1993); la Ley Sueca sobre Extranjeros de 1989, modificada en 1993, determina que el asilo podrá ser negado al extranjero que entre en Suecia proveniente de Dinamarca, Finlandia, Islandia o Noruega y pueda volver a dichos países en virtud de un acuerdo que hayan celebrado con Suecia, a menos que sea obvio que allí no tienen garantizado el permiso de residencia (Sección 4.3; y también la Sección 4.4 para los que provienen de otros países de tránsito seguro).

Luxemburgo ha desarrollado *in extenso* el concepto de país tercero de acogida. Se pronuncia por la inadmisibilidad de las solicitudes de asilo en dichos casos (art. 8 de la Ley de 3 de abril de 1996 sobre creación de un procedimiento relativo al examen de una solicitud de asilo), entendiendo por país de acogida aquél en el que el solicitante de asilo ya ha obtenido protección o ha tenido la posibilidad real de solicitarla antes de haberlo hecho en Luxemburgo. Además, el mencionado precepto exige que el país tercero de acogida reúna otras condiciones relativas al solicitante de asilo: i) que se encuentre al abrigo de medidas de expulsión en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 y sea tratado conforme a las normas humanitarias reconocidas; y, i i) que no sea sometido a persecución y no queden su seguridad y libertad amenazadas. Posteriormente, el Reglamento de 22 de abril de 1996 sobre la aplicación de los arts. 8 y 9 de la Ley de 1996 determina que el solicitante de asilo podrá ser devuelto al tercer país de acogida, aunque su solicitud tendrá que ser reexaminada si aquél no lo acepta (art. 1). En este caso, España sí ha recogido explícitamente el concepto de tercer país de acogida, entendiendo que corresponde la inadmisión a trámite la solicitud de asilo de aquél que se halle reconocido como re-

fugiado y tenga derecho a residir o a obtener asilo en un tercer Estado, o cuando proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar (art. 5.6.f de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado).

3) La tercera pieza del entramado de la Conferencia de Londres de 1992 lo constituyen las *conclusiones relativas a los países en los que en términos generales no existe grave peligro de persecución* que desarrollan la mención a tal concepto recogido en la letra a de su apartado 1 de la resolución matriz sobre solicitudes de asilo manifiestamente infundadas. Según las conclusiones, dicho concepto "implica que se trata de un país del que se puede demostrar claramente, de modo objetivo y comprobable, que normalmente no genera refugiados o que han dejado de existir las circunstancias que en el pasado pudieran haber justificado el acogerse a la Convención de Ginebra de 1951".<sup>75</sup>

Las conclusiones pretenden lograr una valoración común sobre determinados países que han adquirido una especial relevancia en el contexto del asilo. Pero la calificación de un país como seguro corresponde a cada uno de los estados miembros, que realiza individualmente la operación. Sin embargo, la aspiración es incentivar, al menos, la coincidencia en las listas de países seguros unilateralmente elaboradas. Para ello, se han concretando en las conclusiones unos elementos de juicio a tener en cuenta por el Estado que ha de evaluar el riesgo general de persecución en un país. Sin embargo, no puede concatenarse la calificación de un país como seguro con la desestimación de todas las solicitudes de asilo que de él provengan, pues deberán considerarse las alegaciones individuales de todos los solicitantes procedentes de tales países, así como todas las indicaciones específicas presentadas por un solicitante que pudieran prevalecer sobre una presunción general. A ello obliga indudablemente la Convención de Ginebra de 1951; no pueden hurtarse los estados miembros de la CE a realizar un examen individual de una solicitud de asilo bajo el expediente de colectivizar en un mismo sentido las respuestas que se dan a las que presentan los nacionales de un mismo país, por el hecho de que se considere *seguro*

Sin embargo, los estados miembros podrán optar por utilizar la valoración de un país como seguro al tramitar los casos por el procedimiento acelerado descrito en el apartado 2 de la resolución sobre solicitudes de asilo manifiestamente infundadas.<sup>76</sup>

79. Apartado I de las conclusiones.

80. Cfr. apartado 3.

¿Cómo determinan los estados miembros que un país es *seguro*? Los elementos de juicio que las conclusiones avanzan para calificar a un país como seguro pretenden evaluar el grado de riesgo de persecución que en dicho Estado impera. Para ello, ha de tenerse en cuenta: a) las cifras previas de refugiados e índices de reconocimiento de solicitantes de asilo que provienen de dicho país; b) su respeto por los derechos humanos, tanto formal (adhesión a instrumentos internacionales) como material (su aplicación práctica), lo que incluye también valorar su disposición para permitir el control por organizaciones no gubernamentales del respeto de los derechos humanos; c) la existencia de procesos democráticos, elecciones, pluralismo político y libertad de expresión y opinión; y, d) la estabilidad del país, valorando la posibilidad de que se produzca un cambio repentino en el futuro inmediato.

El concepto de *país de origen seguro* ha sido recibido en la legislación de los estados miembros atendiendo a distintas técnicas legislativas, sea la elaboración de una lista previa de países considerados seguros, sea la incardinación genérica del concepto en la normativa aplicable, acompañada de criterios para determinar el concepto de país seguro. Del primer caso el ejemplo paradigmático también lo es, de nuevo, Alemania<sup>77</sup>, donde ha adquirido incluso carta de naturaleza constitucional, en el art. 16a parágrafo 3 apartado primero de la Ley Fundamental. Este es desarrollado en la Sección 29a de la Ley de Procedimiento de Asilo de 1992 por la que se otorga la condición de solicitud manifiestamente infundada a las solicitudes presentadas por personas que provienen de los países considerados seguros, que se encuentran incluidos una lista anexa a dicha Ley (Bulgaria, Ghana, Polonia, Rumania, Senegal, Eslovaquia, la República Checa y Hungría).<sup>78</sup> Ejemplos de la otra aproximación técnico-legislativa al concepto de país de origen seguro se encuentran, entre otros, en los siguientes casos: Portugal ha endosado el concepto en su Ley 70/93, de 29 de septiembre de 1993, sobre el derecho de asilo, recogiendo en su literalidad las Conclusiones de la Conferencia de Londres, a los efectos de definir lo que se entiende por país seguro (art. 1), estable-

77. A. ZIMMERMANN, "Asylum Law in the Federal Republic of Germany in the Context of International Law", *ZaóRV*, 53/1, 1993, 49; S. BLAY y A. ZIMMERMANN, "Recent Changes in German Refugee Law: A Critical Assessment", *AJIL*, 1994, 361; y K. OELLERS-FRAHM y A. ZIMMERMANN, "France's and Germany's Constitutional Changes and their Impact on Migration Law -Policy and Practice-", en *German Yearbook Int'l Law*, vol. 38, 1995, 249.

78. Gambia figuraba originalmente en dicha lista, siendo retirada de ella el 31 de marzo de 1995.

ciendo procedimientos acelerados para el examen de las solicitudes de personas que provengan de dichos países (art. 19). En el mismo sentido, Luxemburgo entiende como manifiestamente infundadas las solicitudes de asilo de nacionales que provienen de países en los que no exista un serio riesgo de persecución, aunque subrayando: i) que el hecho de determinar que un país es seguro no entrañará, sin embargo, automáticamente el rechazo de toda demanda de asilo interpuesta por sus nacionales; y, ii) que continua en esos casos siendo aplicable el principio de examen individual de todas las solicitudes (art. 5 del Reglamento de 22 de abril de 1996). Lo mismo cabe decir de las legislaciones irlandesa (Sección 12.4j de la Ley de Refugiados de 1996), o austríaca (art. 17.3.2 de la Ley federal relativa al otorgamiento del derecho de asilo de 1991). En cambio, la ley española reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado no contiene una referencia explícita a la noción aunque, como advierte en su documentado estudio D. Blanquer,<sup>79</sup> la doctrina del Consejo de Estado sí ha hecho un amplio uso del mismo.

La noción de *país de origen seguro* ha recibido fuertes críticas, desde sectores doctrinales<sup>80</sup> o desde organizaciones no gubernamentales, como Amnistía Internacional.<sup>81</sup> Queda claro que la aplicación rigurosa del concepto, exceptuando del procedimiento de examen de la solicitud de asilo a los nacionales de los países de origen seguro, rompería con las exigencias de trato no discriminatorio impuestas por el art. 1.3 del Protocolo de Nueva York de 1967. Debemos admitir la posición del ACNUR, que ha aceptado la utilidad de la noción de *país de origen seguro* cuando es aplicada a un país donde se puede verificar con toda objetividad que no ha creado condiciones susceptibles de empujar a sus nacionales a buscar refugio en el extranjero, y esto durante un período continuado, y siempre que tal noción no opere más que como una simple presunción refutable por el solicitante de asilo en el marco del procedimiento de determinación del estatuto de refugiado, incluso aunque éste sea acelerado.

En cambio, el ACNUR se muestra opuesto a que la utilización de la noción de país seguro impida el acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado, porque ello implicaría una reserva de hecho del art. 1 A (2) de la Convención de Ginebra de 1951, una violación del principio de no discriminación del art. 3, una práctica contraria a la necesidad de que se determine individualmente la condición de refugiado y un medio potencial, aunque indirecto, de devolver a los solicitantes en contravención del art. 33. En suma, para el ACNUR la noción de país de origen seguro sólo debe ser considerada como un medio para mejorar la eficacia de los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado.

#### **4. La práctica no convencional europea relativa al asilo tras el TUE**

Durante el periodo de vigencia del Tratado de Maastricht, incardinado el asilo en la CAJI como un ámbito de interés común (art. K.I del TUE), la Unión sólo ha adoptado dos disposiciones relativas al mismo, a pesar de la voluntad de trabajo mostrada por Declaración relativa al asilo de la Conferencia Intergubernamental de 1992<sup>82</sup> de que se adoptase una acción común armonizadora de algunos de los aspectos del derecho de asilo. No se ha optado por este instrumento de mayor alcance obligacional, sino que el Consejo se ha decidido por una resolución, en la línea de la práctica anterior, y una posición común, al amparo de las nuevas figuras aportadas para la CAJI por el TUE. En concreto, la Resolución relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo, adoptada por el Consejo el 20 de junio de 1.995;<sup>83</sup> y la Posición común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo sobre la base del art. K.3 del TUE, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término "refugiado" conforme al art. 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. Hemos hecho notar ya que la Unión ha infrutilizado las posibilidades de acción conjunta que en estos ámbitos otorgaba el

79. D. BLANQUER, *Asilo político...*, ob. cit., p. 182, que recoge dictámenes referidos a Rumania (dict. de 9 de mayo de 1996), Bulgaria (dict. de 27 de julio de 1994) o la antigua Checoslovaquia (dict. de 27 de enero de 1994).

80. Véase F. CREPEAU, *Droit d'asile...*, ob. cit., p. 284 y ss. A favor, en cambio, D. BLANQUER, *Asilo político...*, ob. cit., p. 181.

81. Aunque en la argumentación de Amnistía Internacional hay una cierta confusión entre los conceptos de país de tránsito seguro y país de origen seguro, que por otra parte se encuentran íntimamente emparentadas, queda claro que no se muestra favorable a la utilización del concepto; véase su informe de junio de 1997. *Refugiados. Los derechos humanos no tienen frontera.*

82. La Declaración relativa al asilo adoptada por la CIG de 1992, además de hacer mención en su apartado segundo a la posibilidad de estudiar su comunitarización conforme al art. K.9, es del siguiente tenor en el primer apartado: "1. La conferencia conviene en que, en el marco de los trabajos previstos en los arts. K. 1 y K.3 de las disposiciones sobre la CAJI, el consejo estudiará prioritariamente las cuestiones referentes a la política de asilo de los estados miembros, con la finalidad de adoptar, a principios de 1993, una acción común destinada a armonizar algunos de sus aspectos, a la luz del programa de trabajo y de los plazos estipulados en el informe sobre asilo elaborado a petición del Consejo Europeo de Luxemburgo de los días 28/29.6.91".

83. En adelante, y en nota, RGM de 1995.



TUE, por la escasa voluntad de avance mostrada por los Estados miembros, que también se ha traslucido en estos casos en el recurso (una resolución y una posición común) a instrumentos de escaso grado de vinculatoriedad. En este sentido, y también si enjuicamos su contenido, la línea seguida por el Consejo ha sido marcadamente continuista, desbrozando el programa de trabajo marcado en 1991 por los ministros de inmigración. La *resolución relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo*, adoptada por el Consejo de la UE visto el art. K.I del TUE, reconoce como objetivo en sus consideraciones introductorias que pretende paliar las diversas interpretaciones que los estados miembros hacen de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967 estableciendo unas garantías mínimas aplicables al examen de las solicitudes de asilo a las que se refiere el art. 3 del Convenio de Dublín, esto es, a todas las solicitudes de asilo presentadas por un extranjero a cualesquiera de los estados miembros, ya sea en la frontera o en su territorio. Realmente, los dos textos internacionales que se mencionan no recogen, a salvo de la definición de refugiado y del principio de no devolución, garantías en favor de un solicitante de asilo cuando el Estado de acogida está procediendo a examinarla. La improbabilidad de procedimientos idénticos seguidos por los esta

dos partes en dichos convenios es reconocida por el *Manual de Procedimientos del ACNUR*<sup>84</sup> dando lugar, en su momento, a la adopción por el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado en octubre de 1977 (28º período de sesiones) de una recomendación para que tales procedimientos se adecuasen a determinados requisitos básicos<sup>85</sup> que, como advertiremos al examinar las garantías mínimas recogidas en la Resolución de la UE, coinciden básicamente con ellas.

El carácter no vinculante del instrumento escogido para reglamentar las garantías del solicitante de asilo pretende paliarse, moderadamente, estatuyéndose no sólo que los estados tendrán en cuenta los principios establecidos en la resolución a la hora de modificar sus respectivas legislaciones, sino estableciendo un plazo para que éstas se produzcan, aunque el tenor obligacional no sea muy subido de tono: "los estados se esforzarán por incorporar a su derecho interno estos principios antes del 1 de enero de 1996".<sup>86</sup> Plazo que, teniendo en cuenta la fecha de la resolución, resulta sorprendentemente corto. También se establece el control de la aplicación de la resolución, al determinarse que los estados "revisarán periódicamente, en colaboración con la comisión y en consulta con el ACNUR, el funcionamiento de dichos principios y evaluarán si son necesarias medidas complementarias".<sup>87</sup> El carácter de garantías mínimas otorgado por la resolución, permite a los estados ejercer el derecho a establecer disposiciones más favorables.<sup>88</sup>

84. p. 52.

85. Los requisitos son, esquemáticamente, los siguientes: i) el funcionario competente al que se dirija el solicitante de asilo en la frontera o en el territorio del Estado debe tener instrucciones claras para tratar los casos que puedan estar incluidos en el ámbito de los instrumentos internacionales pertinentes, actuar en conformidad con el principio de no devolución y remitir tales casos a una autoridad superior; ii) el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse; iii) debe existir una autoridad identificada (de ser posible central) encargada del examen de las solicitudes de asilo; iv) deben proporcionarse al solicitante los medios necesarios (intérprete incluido) para presentar su solicitud y permitírsele el contacto con ACNUR; v) una vez reconocido como refugiado, el solicitante debe ser informado y acreditado; vi) en caso de negativa, debe tener la posibilidad de apelar la decisión en un plazo razonable; y, vii) debe permitírsele al solicitante la permanencia en el país mientras la autoridad competente no adopte una decisión, a menos que ésta demuestre que la solicitud es claramente abusiva. También debe permitírsele la permanencia mientras esté pendiente una apelación a una autoridad administrativa o judicial superior.

86. Apartado 31 de la RGM de 1995.

87. *ibid.*

88. Apartado 32 de la RGM de 1995.

La resolución se ordena estableciendo unos principios generales aplicables al procedimiento, unas garantías relativas al examen de la solicitud, los derechos de los solicitantes en el marco del procedimiento, garantías específicas para los menores no acompañados y para las mujeres, y disposiciones relativas a la residencia del refugiado en el Estado de acogida. En cuanto a los *principios generales para un procedimiento de asilo justo y eficaz*<sup>89</sup> no son novedosos, pues se trata de una reiteración, la remisión-a la Convención de Ginebra de 1951, al Protocolo de Nueva York de 1967 y, en general, a las normas del Derecho Internacional relativas a los refugiados y a los derechos humanos. Suponen, en especial, un recordatorio de la definición de refugiado y del principio de no devolución. En referencia a éste último se establece en el numeral 2 de la resolución que "a fin de garantizar de forma eficaz el principio de no expulsión no se tomará ninguna medida de esta naturaleza mientras no se haya dictado resolución sobre la solicitud de asilo".

*Las garantías relativas al examen de las solicitudes de asilo*<sup>90</sup> se concretan en las siguientes: a) El examen de las solicitudes deberá ser realizado por una autoridad plenamente cualificada en materia de derecho de asilo y de refugiados (numeral 4). Dicha autoridad deberá contar a tal efecto con personal especializado en tal ámbito capaz de valorar la situación especial de un solicitante de asilo; con acceso a informaciones exactas y actualizadas procedentes de distintas fuentes, incluyendo el ACNUR, sobre la situación de los países de origen de los solicitantes y de los países de tránsito; y, además, tendrá derecho a recabar la opinión de expertos (numeral 6); b) Las autoridades de la frontera o locales ante las que deban presentarse las solicitudes han de contar con instrucciones claras a fin de que puedan transmitir las sin demora a las autoridades competentes para su examen; y c) en caso de desestimación de la solicitud, deberá preverse la posibilidad de interponer recurso ante un tribunal o ante una instancia de supervisión que se pronuncie, con total independencia, sobre cada caso individual. De entre los *derechos de los solicitantes de asilo*<sup>91</sup> recogidos en la resolución cabe destacar los siguientes: a) todo solicitante deberá tener la posibilidad efectiva de presentar su solicitud tan rápidamente como sea posible; b) los datos del solicitante que figuren en su solicitud, así como la declaración en ella contenida, dado su carácter sensible, gozarán

de protección, especialmente frente a las autoridades del país de origen; c) mientras no se haya dictado resolución, regirá el principio de que el solicitante puede quedarse en el territorio del Estado que esté examinando su solicitud o en el que se haya presentado la misma; d) se informará al solicitante, en una lengua que entienda, del procedimiento y de sus derechos y obligaciones durante el mismo; e) tendrá derecho a ser asistido por intérprete y abogado y a ponerse en contacto con los servicios del ACNUR o con otras organizaciones de ayuda a los refugiados que pueden operar en nombre del ACNUR; f) antes de que se dicte la resolución definitiva respecto de la solicitud de asilo, el solicitante deberá tener la posibilidad de mantener una conversación personal con un funcionario cualificado; g) la resolución sobre la solicitud se comunicará por escrito al interesado, debiendo ser éste, en caso de desestimación, debidamente informado acerca de los motivos y de su posibilidad de revisión; h) el solicitante dispondrá de un plazo suficiente para interponer recurso; i) mientras que no se haya dictado resolución sobre el recurso, regirá el principio general de que el solicitante pueda quedarse en el territorio del Estado miembro de que se trate. Y en caso de excepciones a este principio, reconocidas por el derecho interno del Estado en cuestión, el solicitante debería tener al menos la posibilidad de solicitar el permiso a las instancias competentes en atención a las circunstancias especiales en su caso, para permanecer provisionalmente en el territorio mientras dichas instancias se estén ocupando del caso.

La resolución se dedica también a reglamentar sobre garantías, exceptuándolas en determinado grado, en el caso de las *solicitudes de asilo manifiestamente infundadas*,<sup>92</sup> tal y como éstas han sido definidas por la Resolución de 1992, supeditándose aquéllas a los principios entonces definidos. Así, se determina que los estados miembros "podrán excluir la posibilidad de interponer recurso contra una resolución denegatoria siempre que en su lugar un organismo independiente y distinto de la autoridad examinadora haya confirmado previamente la resolución",<sup>93</sup> lo que parece constituir un evidente llamado al ACNUR.

De la misma manera, se podrán establecer excepciones al principio general de concesión de residencia en el Estado de presentación de la solicitud en dos casos: 1) cuando se trate de solicitudes manifiestamente infundadas que supongan un engaño

89. Apartados 1 y 2 de la RGM de 1995.

90. Apartados 3 a 8 de la RGM de 1995.

91. Apartados 10 a 17 de la RGM de 1995.

92. Apartados 18 a 25 de la RGM de 1995.

93. Apartado 19 de la RGM de 1995.

deliberado o abuso del procedimiento de asilo, siempre que "la resolución sobre la solicitud se adopte a un nivel elevado y que haya medidas suplementarias suficientes que garanticen que la resolución es correcta";<sup>94</sup> y, 2) cuando sea de aplicación a una solicitud de asilo la noción de tercer país de acogida,<sup>95</sup> según fuera definida en la resolución sobre un enfoque armonizado de las cuestiones referentes a países terceros de acogida, de 1992. En este último caso las garantías del solicitante se dulcifican más, porque se permite que los estados miembros establezcan en su legislación que, cuando se trate de una resolución denegatoria a la solicitud de asilo, tanto el sentido de ésta como los motivos que la han fundado e incluso los derechos del solicitante pueden serle a éste comunicados oralmente; y sólo previa petición del mismo, le será confirmada la resolución por escrito. Eso sí, las autoridades del tercer país de acogida tendrán que ser informadas de que la solicitud de asilo no ha sido objeto de examen alguno en cuanto al fondo.

También la resolución contempla la presentación en la frontera de solicitudes de asilo,<sup>96</sup> requiriendo a los estados miembros la adopción de medidas administrativas que garanticen que todo solicitante de asilo que llegue a ella tenga la posibilidad de presentar su petición. Igualmente resultan tocadas las garantías de los solicitantes de asilo en la frontera cuando se trata de solicitudes manifiestamente infundadas o en los supuestos de aplicación de la noción de tercer país de acogida. En el primer caso, podrán preverse procedimientos especiales, durante los cuales no podrá tomarse ninguna medida de expulsión. Podrá incluso denegarse al solicitante de asilo la entrada en el territorio. Parece aquí acogerse la resolución a la improbable ficción de que los puestos fronterizos gozan de una dudosa condición de extraterritorialidad que los mantiene espacialmente suspendidos, como si se tratase de tierras de nadie. El caso es que el solicitante ya está en el territorio del Estado y lo que se le negará es que, por la vía de la detención o de la expulsión, circule por el resto del país. Pues bien, la resolución determina que tal negativa de entrada al territorio en los casos de solicitudes de asilo manifiestamente infundadas presentadas en la frontera debe ser adoptada por un ministerio o autoridad central de rango semejante, quedando la justicia de la resolución asegurada por medio de medidas de salvaguardia adicionales suficientes.<sup>97</sup>

Cuando la presentación en la frontera de una solicitud de asilo se hace por persona que proviene de un tercer país de acogida el quebranto de las garantías del solicitante es mayor, dado que podrán los estados miembros adoptar excepciones al principio general de concesión de residencia, a la autorización de la entrada en el territorio y a la obligación de realizar las actuaciones por escrito.<sup>98</sup>

Después de abordar las garantías específicas aplicables en los casos de menores no acompañados y mujeres,<sup>99</sup> la resolución se pronuncia porque, sin perjuicio de la aplicación de la noción del tercer país de acogida, los Estados miembros concedan el estatuto de refugiado a los solicitantes que reúnan los requisitos exigidos por el art. 1 de la Convención de Ginebra, acompañando tal concesión, en principio, con el derecho de residencia en el país de acogida.<sup>100</sup>

Finalmente, la resolución aborda una cuestión que luego se convertirá en *leit motif* de la posición española sobre asilo en la CIG de 1996: la solicitud de asilo de un nacional de un Estado miembro presentada en el territorio de otro Estado de la Unión Europea. La solución dada no llega a impedir el examen de dichas solicitudes, aunque se declare en la resolución que "los estados miembros comprueban que no debería haber motivo de hecho ni de derecho, dentro del cumplimiento de la Convención de Ginebra de 1951, de reconocer el estatuto de refugiado a un solicitante de asilo nacional de otro Estado miembro". Pero resultará sintomático el pronunciamiento de la resolución a la luz de las querellas posteriores entre los estados miembros (que ya por entonces se habían desencadenado, como el contencioso hispano-belga sobre los españoles, presuntos miembros de ETA en territorio belga, solicitantes de asilo para eludir la extradición requerida por las autoridades españolas), puesto que la resolución unánimemente adoptada determina que tales solicitudes serán objeto, "según las normas y usos de cada Estado miembro, de un procedimiento particularmente rápido o simplificado, entendiéndose que los estados miembros siguen obligados, como se prevé en la Convención de Ginebra a la que hace referencia el Tratado de la Unión Europea, a proceder a un estudio individual de cualquier solicitud de asilo".<sup>101</sup>

*Por su parte, la posición común de 1996 relativa a la aplicación armonizada de la definición del tér-*

101. Apartado 21 de la RGM de 1995, que se refiere a las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas tal y como son definidas en los apartados 9 y 10 de la RSAMI de 1992.

102. Apartado 22 de la RGM de 1995.

103. Apartados 23 y 25 de la RGM de 1995.

104. Apartado 24 de la RGM de 1995.

98. Apartado 25 de la RGM de 1995.

99. Véanse los apartados 26 a 28 de la RGM de 1995.

100. Apartado 29 de la RGM de 1995.

101. Apartado 20 de la RGM de 1995.

mino "refugiado" conforme al art. 1 de la Convención de Ginebra de 1951, adopta orientaciones que, sin vincular a órganos legislativos y judiciales de los estados miembros, aspiran a sugerir a los órganos administrativos competentes para el reconocimiento de la condición de refugiado. Orientaciones cuya aplicación, una vez al afío, será examinada por el Consejo, a la búsqueda de las adaptaciones que se revelen de necesidad.

El objetivo de la posición común es el de armonizar los criterios de determinación de la condición de refugiado, entendiendo que éstos son los que se aplican a los solicitantes de asilo a los efectos de concederles la protección prevista por la Convención de Ginebra de 1951. Es decir, la posición común se enmarca en la línea continuista seguida por la política europea de asilo que tiende a identificar éste con la condición de refugiado. No obstante, no se impide que los estados miembros sigan deparando, eso sí, fuera del ámbito del derecho de asilo, la protección del llamado *asilo humanitario*, puesto que la posición común no va a prejuzgar "las condiciones en las que un Estado miembro puede, de acuerdo con su legislación interna, autorizar a permanecer en su territorio a una persona cuya seguridad o integridad física se encuentren amenazadas en caso de regreso a su país por motivos por los que no se aplica la Convención de Ginebra, pero que constituyen una contraindicación para su devolución al país de origen".<sup>102</sup>

Antes de discurrir sobre los criterios para la determinación de la condición de refugiado se establece otra orientación relativa a su aplicación: el examen de cada solicitud ha de realizarse siempre individualmente y teniendo en cuenta la situación objetiva en el país de origen. Sin embargo, en los casos en que un determinado grupo poblacional esté expuesto a la persecución que cualifica para acceder a la condición de refugiado, y sin obviar el requisito del estudio individualizado, se admite que el procedimiento "en casos específicos se pueda circunscribir a determinar cjué el interesado pertenece al grupo en cuestión".<sup>103</sup>

Como la definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951 gira en esencia en torno a la existencia de fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, la primera cuestión esencial estriba en determinar si los temores de sufrir persecución que alega un solicitante son fundados. Establece la posición

común al respecto que ello deberá determinarse a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, correspondiendo al solicitante la presentación de los elementos necesarios para apreciar los hechos, sin que sea necesario buscar una confirmación detallada una vez que quede claramente establecida la credibilidad de su declaración. Es decir, se concede al solicitante el beneficio de la duda. En esto no hace más que seguirse, y en ocasiones en la más estricta literalidad, las consideraciones sobre procedimientos para la determinación de la condición de refugiados recogidas por el Manual del ACNUR.<sup>104</sup> Posteriormente, la posición común se dedica a sentar criterios para determinar: a) el concepto de persecución; b) sus orígenes; c) las referencias en las solicitudes de asilo a la situación de guerra civil u otras de conflicto interno violento o generalizado; d) los motivos de la persecución; e) las persecuciones limitadas a una parte del país de origen; f) los refugiados *in situ* g) la objeción de conciencia, insumisión o desertión. Además de examinar la retirada del estatuto de refugiado, o los casos en que no procede otorgarlo al tratarse, bien de personas que ya gozan de protección por organismos de Naciones Unidas distintos del ACNUR (art. 1. D de la Convención de Ginebra de 1951), bien porque no la merecen al haber sido autores de delitos de especial gravedad, según establece el art. 1. F de la Convención de Ginebra de 1951.

## **V. La regulación del asilo en el Tratado de Amsterdam**

### **1. La política de asilo ante la CIG. Posiciones de instituciones y Estados miembros**

Al iniciarse la Conferencia Intergubernamental de 1996, la opinión mayoritaria de los actores europeos, inclusive instituciones comunitarias y estados miembros, sobre el futuro del asilo en la reforma del TUE se mostraba favorable a su comunitarización, en gran medida debido a las insuficiencias demostradas por el funcionamiento del Tercer Pilar del TUE. Y ello, a pesar de que no se había creído oportuno aprovechar la pasarela del art. K.9 para, antes de la obligada cita reformadora de 1996, transferirlo al pilar comunitario. En octubre de 1993, la comisión había incluso presentado al consejo un informe sobre la aplicación de la pasarela al

102. Apartado 1 de la posición Común de 1996.

103. Apartado 2 de la posición Común de 1996.

104. Oficina del ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 1988, p. 51* yss.

derecho de asilo en el que no proponía formalmente su uso; el Consejo, por su parte, decidió volver a tratar la cuestión en 1995, pero... la CIG de 1996 estaba a la vuelta de la esquina y, además, las dificultades para la utilización de la pasarela parecían insalvables, pues recordemos que el Tribunal Constitucional alemán había mencionado en su sentencia de 12 de octubre de 1993 que incluso la transferencia simple de algún aspecto parcial del Título VI en dirección al pilar comunitario se encontraba subordinada a una ratificación previa por parte de los estados miembros. Lograr la unanimidad en esta cuestión resultaba políticamente impensable.

El Consejo Europeo de Corfú, de 24 y 25 de junio de 1994, invitó a las distintas instituciones de la Unión Europea (UE) a elaborar informes sobre el funcionamiento del TUE antes de que el grupo de reflexión, que había creado para preparar los trabajos de la CIG de 1996, iniciase sus trabajos. Dichos informes servirían de base para la labor del grupo de reflexión; en ellos, el diagnóstico de las distintas instituciones sobre el funcionamiento de la cooperación en asuntos de justicia e interior se mostró en gran medida coincidente. Haremos una alusión limitada a los mismos, en la medida en que recojan referencias específicas al tratamiento del derecho de asilo.

En su informe de 6 de abril de 1995<sup>105</sup> el *consejo* constataba la insuficiencia de los logros obtenidos por la aplicación del Título VI del TUE, pues se había hecho un uso muy reducido de los nuevos instrumentos en él previstos, aunque las recomendaciones en materia de asilo e inmigración hubiesen provocado un esfuerzo real de armonización de las legislaciones nacionales, como hemos comprobado *supra*. En lo que hace a la estructura institucional (desplegada en cinco niveles, a diferencia de los tres comunitarios: Consejo, COREPER, Comité K.4, grupos directores, grupos de trabajo) la escasa agilidad con que se había mostrado había provocado un inevitable retraso en el proceso decisorio. Por su parte, la *comisión*, en su correspondiente Informe de 10 de mayo de 1995,<sup>106</sup> entendía que la entrada en vigor del TUE no había tenido ningún efecto innovador significativo, puesto que el impulso en temas de CAJI se remontaba al Consejo Europeo de Luxemburgo de junio de 1991. Para la Institución supranacional, el tercer pilar planteaba problemas en cuanto a los instrumentos jurídicos, los métodos utilizados, e incluso la distribución

competencial. Respecto de los instrumentos, al optarse por aquéllos que, como las recomendaciones, tenían carácter no vinculante, no existía control alguno sobre su ejecución o interpretación. En cambio, cuando se recurrió a algún instrumento vinculante, y era el caso del Convenio de Dublín, su celebración y aplicación se tornaban lentas y complicadas, debido al ritmo de ratificaciones; recuérdese que su entrada en vigor se ha diferido siete años hasta 1997.

En cuanto a la regla para la adopción de tales instrumentos, la exigencia de la unanimidad para todos los ámbitos del Título VI había tenido un efecto paralizante, bien por impedir la acción o la decisión, bien por empujar a la baja el nivel de la decisión adoptada; añadamos de nuestra cosecha que esta opción por el mínimo común denominador había insuflado el espíritu y la dirección de toda la política de asilo. Así lo había visto también Amnistía Internacional.<sup>107</sup> La Comisión constató que "esta exigencia de la unanimidad es probablemente la principal causa de la ineficacia del Título VI. Por esta razón, por ejemplo, tratándose de las garantías mínimas de procedimiento para la concesión de asilo, únicamente pudo llegarse el 10 de marzo de 1995 a un acuerdo sobre una resolución, cuando el Consejo Europeo de Bruselas había solicitado que se emprendiera una acción común".<sup>108</sup> En cuanto a los métodos, se han manifestado para la comisión problemas tanto por la falta de transparencia en las iniciativas como por la yuxtaposición de las estructuras de trabajo nuevas sobre las preexistentes.

El análisis del *Parlamento Europeo*, vertido en su resolución sobre el funcionamiento de TUE, de 17 de mayo de 1995,<sup>109</sup> recurrió a los mismos trazos, aunque incidiendo claramente en la necesidad de la comunitarización de la política de asilo y el conveniente recurso a la pasarela del art. K.9, en la perspectiva de recurrir a la regla de la mayoría cualificada a la hora de que el consejo ejerciese sus poderes legislativos y de reforzar las funciones del Tribunal de Justicia y del propio Parlamento Europeo en dicho ámbito.

Como no podía ser menos, el Informe del *grupo de reflexión*,<sup>110</sup> de 5 de diciembre de 1995, bien que sólo por mayoría, endosó gran parte de estos análisis, considerando que la inadecuación de las dispo-

105. En *Parlamento Europeo, Libro Blanco sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996*, vol I, 45 y ss.

106. *Ibid*, 245 y ss.

1. *Memorándum de Amnistía Internacional de septiembre de 1996, relativo a las Propuestas para el reforzamiento e la protección de los derechos humanos por la Unión Europea en el contexto de la Conferencia intergubernamental de 1996*, p. 9.

2. *Ibid*, 310-311.

3. *Ibid*, 223 y ss.

4. *Ibid*, 153.

siones del Título VI y su claramente deficiente funcionamiento se explicaba por una triple constatación: 1) ausencia de objetivos y calendario para alcanzarlos, como debiera ponerse el acento en la consolidación de un espacio de libertad y seguridad donde no existan fronteras interiores y las personas puedan circular libremente; 2) inadecuación de los instrumentos del Título VI, análogos a los del Título V relativo a la PESC, a pesar de que la naturaleza de los asuntos es muy diversa; y, 3) falta de un verdadero, mecanismo institucional de impulso, oscurecido por las complejas estructuras de trabajo. '

En concordancia con tal juicio, el grupo de reflexión indicó a la conferencia intergubernamental que "numerosos miembros coinciden en identificar como uno de los ámbitos que deberían comunitarizarse, el de todo aquello que tiene que ver con el cruce de fronteras exteriores: régimen de extranjería, política de inmigración, asilo (sin que sea concebible el asilo entre ciudadanos de la Unión) y normas comunes para el control de las fronteras exteriores".<sup>111</sup> En cambio, indicaba también el grupo de reflexión que "otros miembros opinan que la actual separación de pilares es esencial para respetar la gestión intergubernamental de estos asuntos, tan íntimamente vinculados a la soberanía nacional. Por lo tanto, para ellos, la principal forma de mejorar el funcionamiento del Título VI está en encontrar mejoras prácticas que fortalezcan la cooperación".<sup>112</sup>

En efecto, algunos estados miembros mostraron fuertes reticencias para cambiar la naturaleza de cooperación intergubernamental con que se gestionan los asuntos de la CAJI, cuanto más para comunitarizar algunos de ellos. La posición del Reino Unido resulta paradigmática al respecto. En su Libro Blanco, denominado Una Asociación de Naciones, presentado por el gobierno británico a su Parlamento el 12 de marzo de 1996, optó por negar cualquier trasvase al pilar comunitario y, en cambio, por reforzar las estructuras de la CAJI, simplificándolas, haciendo de la regla de la unanimidad la base del proceso decisorio y limitando en éste a un estricto papel las funciones desempeñadas por el Parlamento y la comisión. Irlanda, más cauta, expresaba su disponibilidad a examinar las propuestas de transferencia de ciertas materias, como la inmigración y el derecho de asilo, actualmente en la CAJI, al pilar comunitario "con la finalidad de obtener progresos más rápidos en esas materias".<sup>113</sup>

5. *ibid.*

6. *ibid.*

7. En ese sentido se pronuncia Irlanda en su Libro Blanco Desafíos y oportunidades exteriores, de 26 de marzo de 1996.

En un sentido similar Dinamarca, país que se mostró partidario de considerar la cooperación intergubernamental como la regla básica en el Tercer Pilar, aunque utilizando mejor las posibilidades de la cooperación, adoptando el voto por mayoría, extendiendo los poderes de la comisión y el Parlamento Europeo y simplificando el proceso decisorio en ámbitos como el derecho de asilo.<sup>114</sup> Finlandia, sin negarse a la transferencia de materias propias de la CAJI al pilar comunitario, sin embargo ha advertido de la necesidad de estudiar caso por caso y desde una base pragmática y abierta, aunque expresando la reserva sobre cuestiones que, al ser de importancia fundamental para la soberanía nacional de los estados, deben permanecer sometidas a la cooperación intergubernamental.<sup>115</sup> Sin mostrar explícitamente sus preferencias por la comunitarización del asilo, Francia<sup>116</sup> ha querido en cambio precaverse de dicha posibilidad, tomando las precauciones necesarias, esto es, confiando en la regla de la unanimidad. Antes, con Alemania, habían esbozado, ambos países, el objetivo de construir un espacio común homogéneo que garantizase la libre circulación de las personas y que debía quedar asegurado por otras acciones, como las pertenecientes a la política de asilo.<sup>117</sup>

Por el contrario, la mayoría de los estados miembros se ha decantado explícitamente por ubicar el asilo en el pilar comunitario en compañía de la política de inmigración. Así se han pronunciado Austria,<sup>118</sup> Grecia,<sup>119</sup> Italia,<sup>120</sup> Portugal,<sup>121</sup> Suecia<sup>122</sup> y los países del Benelux.<sup>123</sup> Alemania, por su parte, atendió, en lo que se refiere al asilo, más a las políticas sustantivas que a las procedimentales, solicitando que se considerase por la CIG de interés prioritario, en consonancia con su condición de país de acogida de extranjeros, la aplicación de políticas de asilo y

8. Informe del gobierno danés titulado Orden del día para Europa. La CIG de 1996.

9. Memorandum del Ministerio de Asuntos Exteriores, de 18 de septiembre de 1995.

10. Memorandum interno del gobierno francés, publicado por el diario Le Figaro el 20 de febrero de 1996.

11. Carta conjunta del Presidente francés J. Chirac y el canciller alemán H. Kohl, de 6 de diciembre de 1995.

12. Documento del gobierno austriaco sobre la CIG, de 26 de marzo de 1996.

13. Memorandum griego sobre la CIG, de 24 de enero de 1996.

14. Documento del gobierno italiano, de 18 de marzo de 1996, por el que se define la posición de Italia sobre la CIG.

15. Documento del Ministerio de Asuntos Exteriores portugués, de marzo de 1996.

16. Comunicación escrita del gobierno sueco a su Parlamento, de 30 de noviembre de 1995.

17. Memorandum conjunto de los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, de 7 de marzo de 1996.

de acogida de refugiados, en razón de la necesidad de una distribución equitativa de refugiados entre los estados miembros.<sup>124</sup>

En cuanto a España, se ha mostrado indubitadamente favorable a la comunitarización del derecho de asilo, aunque la bandera que ha ondeado en este ámbito ha sido otra: la de evitar que un ciudadano de la Unión Europea pueda obtener asilo político en otro Estado miembro. De ahí que, cuando ha advertido de la necesidad de actuar conforme a la regla de la mayoría cualificada en la CAJI, sin embargo se ha mostrado cautelosa, porque el paso de la regla de la unanimidad a la mayoría cualificada puede plantear graves problemas, en el tema de asilo "por el problema derivado del hecho de que algunas legislaciones europeas permiten la concesión de asilo a los nacionales de otros Estados de la Unión".<sup>125</sup>

Con estos mimbres, la conferencia intergubernamental abordó la reforma del Título VI del TUE, barajando diversos modelos intermedios entre los dos puntos imposibles del abanico de opciones: la comunitarización total de las cuestiones relativas a la CAJI o el mantenimiento del *statu quo ante* del Tercer Pilar. Acabó imponiéndose una comunitarización parcial, en el marco de una estructura de acogida uniforme y que dotaba de visibilidad a la operación: un nuevo Título en el Tratado de la Comunidad Europea, relativo a la libre circulación de personas. Tal propuesta fue desarrollada por la comisión y adoptada por la presidencia como modelo de negociación sobre las bases de las líneas generales adoptadas en el Consejo Europeo de Dublín de XXX (Dublín II). Esta aproximación implicaba, por lo menos: 1) insertar un objetivo más para la Unión Europea: el establecimiento progresivo de una zona de libertad, seguridad y justicia; 2) determinar las medidas necesarias para garantizar la libre circulación de personas en dicho espacio; 3) concretar aquellas medidas de acompañamiento que se muestran en conexión con la libre circulación, como las relativas al cruce de fronteras exteriores. Este último ámbito, el de las medidas de acompañamiento, sería el natural para acoger al asilo.

Antes de ello, ya se había decantado entre los estados miembros, una posición mayoritaria en favor de comunitarizar las tres primeras cuestiones recogidas en el art. K.I del TUE: la política de asilo; el

cruce de personas por las fronteras exteriores de los estados miembros; y la política de inmigración. E incluso se había avanzado en la introspección sobre dichas materias, para determinar el nivel de comunitarización respectivo. En lo que se refiere a la política de asilo, una comunitarización total podría resultar excesivamente imaginativa para el proceso de construcción europea. ¿Se trataría de que el refugiado solicitase asilo político en la Comunidad Europea y, por lo tanto, ésta tendría que sustituir a sus Estados miembros como partes en el Convenio de Ginebra de 1951? Tal solución implicaba un desarrollo tan sorprendente que hubiera resuelto de un soplo otro escabroso asunto: la pretensión española de impedir que un ciudadano de la UE lograra asilo político en el territorio de otro Estado miembro.

Sin embargo, aunque la lista de posibles competencias sobre el asilo a trasvasar a la comunidad incluía referencias a la competencia externa de ésta, y por lo tanto abriría paso a la posibilidad de que deviniese parte del Convenio de Ginebra de 1951, nunca se barajó el desapoderamiento absoluto de los estados en un ámbito tan políticamente sensible y apegado a la soberanía como el del asilo. Muy al contrario, aceptado el esquema de trabajo de la comisión, la comunitarización del asilo se entendía en tanto que complemento de la libre circulación de personas en el marco unitario de un espacio interior sólo salvaguardado por fronteras exteriores. Interesaba el asilo, como desde el principio interesó a la comunidad, en tanto que medio para trasponer la frontera de un Estado miembro, y en esa medida debían armonizarse, siguiendo la senda tradicional de la cooperación intergubernamental, las soluciones dadas a cuestiones como: la determinación del Estado responsable para el examen de las solicitudes de asilo; los procedimientos para su concesión; la concreción de lo que se entiende por refugiado. Avanzar más implicaría abordar otras cuestiones de carácter sustantivo, reglas de fondo relativas al derecho de asilo, como el estatuto del refugiado, la acogida de los solicitantes de asilo..

La experiencia de Schengen, en tanto que construcción análoga y anticipada entre algunos de los estados miembros de un espacio libre de fronteras interiores y apto a la libre circulación de personas, no sirvió en exceso para despejar lo comunitarizable de lo que debía quedar al arbitrio estatal. En la lista de materias que los países del grupo de Schengen entendían de necesidad para la supresión de los controles en las fronteras interiores sólo se recogía una mención al asilo: la responsabilidad de los estados miembros en el tratamiento de las solicitudes de asilo. Como es lógico, el carácter interguberna-

18. Posición sobre la CAJI de Alemania, anunciada el 21 de febrero de 1995 por el ministro de Asuntos Exteriores Klaus Kinkel.

19. Documento del gobierno español titulado *La CIG de j996. Bases para una reflexión*, de 2 de marzo de 1995.

mental de Schengen poco más podía ayudar a la realización de una operación tan ajena a su naturaleza como la transferencia de competencias a un centro de imputación supranacional.

Otra de las cuestiones que hubo de abordarse en la negociación fue la de los ritmos de la comunitarización, debido al carácter de alta sensibilidad política de las materias a regular; esto es, si desde un principio iban a regir en el nuevo Título los procedimientos comunitarios, concediendo iniciativa normativa exclusiva a la comisión, adoptándose decisiones por el consejo mediante el recurso a la mayoría cualificada, abriéndose a procedimientos de intervención del Parlamento Europeo más exigentes que el de consulta, modulando el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia, etcétera.

## **2. Las competencias de la CE en materia de asilo y refugio tras el Tratado de Amsterdam**

Los resultados de la conferencia intergubernamental plasmados en el Tratado de Amsterdam han supuesto notables cambios en la aproximación europea al derecho de asilo, en la medida en que aspectos esenciales del mismo han sido comunitarizados. El trasvase desde la consideración del asilo como cuestión de interés común en el seno del Tercer Pilar de la Unión a sede comunitaria se ha producido motivado por la inserción en el TCE de un nuevo *Título sobre visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas* que se establece al servicio de un nuevo objetivo, "mantener y desarrollar la Unión como una zona de libertad, de seguridad y de justicia, en la que la libre circulación de personas esté garantizada conjuntamente con las medidas adecuadas relativas a los controles en las fronteras exteriores, la inmigración, el asilo y la prevención y lucha contra la delincuencia" (nuevo cuarto guión del art. 2 del TUE).

Como ya se había dejado sentir desde que la CE comenzara a interesarse por la cuestión del asilo, el vínculo con la libre circulación de personas ha arrastrado consigo la comunitarización de aquél. En concordancia con dicho planteamiento, el tratamiento del asilo se produce a título de medidas de acompañamiento de las destinadas al logro de la libre circulación de personas. En efecto, según establece el art. 61.a de este Título del TCE (en conexión con el art. 63), el consejo adoptará en un plazo de cinco años, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, medidas en materia de asilo, con arreglo a la Convención de Ginebra de 1951, al Protocolo de Nueva York de 1967 y otros tratados pertinentes, relativas a los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que

asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer país (art. 63 .1 .a).

Es esta una materia que, como sabemos, ha quedado regulada por el Convenio de Dublín de 1990, cuyas soluciones quedarán vigentes en tanto el consejo no adopte la normativa comunitaria sobre esta cuestión. Y, cuando lo haga, a buen seguro, constituirán una buena base para la elaboración de la propuesta que inicie el correspondiente proceso decisorio. En este caso, la comunitarización no puede ser más que absoluta, porque se trata de decidir unívocamente qué Estado miembro será el responsable del examen de una solicitud de asilo. Y esto sólo puede tener una única respuesta. Pero la comunitarización del asilo no ha acabado aquí. El art. 61.b (en conexión con el art. 63 determina que el Consejo debe adoptar otras medidas específicas en el ámbito del asilo, también en el mismo plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam: 1) normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros (art. 63.1.b); 2) normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países (art. 63.1.c); y, 3) normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado (art. 63.1.d).

Dos cuestiones puntuales deben considerarse al respecto. En primer lugar, en este caso no se produce un desapoderamiento absoluto del poder normativo de los estados miembros para legislar en estos ámbitos, porque la CE queda habilitada exclusivamente para dictar *normas mínimas*. Por lo tanto, los estados conservan su capacidad de legislar, en el respeto a dicha normativa de mínimos, con la finalidad de, actuando nacionalmente, conceder un tratamiento nacional más beneficioso para los refugiados y solicitantes de asilo. Al optar por esta aproximación tan respetuosa a un ámbito que, como en el caso del asilo (asilo en el territorio de un Estado), se suscitan añejas resonancias de las competencias situadas en el núcleo duro de la soberanía estatal, no se han desvirtuado, como algunos temían,<sup>126</sup> los perfiles tradicionales que caracterizan a esta institución. Seguirán siendo los estados los que conceden

20. Véase el sorprendente comentario de David Blanquer, autor que se pronuncia *a contrario* de la comunitarización del asilo en su *Asilo político en España, ...ob.cit.*, pp. 46 a 51. De seguir ese razonamiento, algo anquilosado, tal vez la CE (no la UE) ejercería bastantes menos competencias de las que ahora tiene transferidas, por carecer de soporte territorial (sic).

asilo en su territorio, pero sometidos en lo que hace a la acogida de los asilados, la concesión de la condición de refugiado y los procedimientos para efectuar esa concesión o retirarla, a las reglas mínimas que para todos se adopten en sede comunitaria. No es la Unión Europea la que concede asilo, ni siquiera la Comunidad Europea, pero para los efectos de su concesión por un Estado miembro resulta relevante que se haya constituido en la Unión Europea una zona de libertad, seguridad y justicia en la que el objetivo de la libre circulación de personas requiere determinadas medidas de acompañamiento, por ejemplo, en relación con las personas que ingresan en dicha zona por la vía del asilo. En segundo lugar, el desapoderamiento de los estados no ha sido completo, pues se han creado sólo ámbitos determinados de la reglamentación del asilo. En la medida en que la transferencia de competencias en favor de la CE se interpreta, lógicamente, de manera restrictiva, quedando en manos de los estados miembros lo no cedido, resulta esencial determinar el ámbito competencial recogido en el art. 63.1. Vale la pena volver a recordarlo: 1) la determinación del Estado responsable de una solicitud de asilo (letra a); 2) la acogida de los solicitantes de asilo (letra b); 3) la concesión del estatuto de refugiado (letra c); y, 4) los procedimientos para la concesión o retirada del estatuto de refugiado (letra d). La redacción dada a los tres últimos apartados no resulta excesivamente afortunada, porque se prestan a confusión entre sí.

Obviando la claridad meridiana del apartado a), iluminada por la existencia del Convenio de Dublín de 1990, la delimitación del ámbito normativo al que se refiere el apartado b) no puede suscitar entusiasmos: ¿Qué debemos entender por *acogida de los solicitantes de asilo*? Lo primero que habrá que aclarar es si dentro del término *solicitante de asilo* se incluyen también aquéllos que piden el reconocimiento de la condición de refugiado. La respuesta debe ser afirmativa, pues en ese sentido ha evolucionado la cooperación intergubernamental, incluido el Convenio de Dublín de 1990. En cuanto a lo que debe entenderse por *acogida*, parece claro que se tratará de regular cualquier situación anterior a la concesión del asilo, excluyendo también todas las relativas a la concesión del estatuto de refugiado, porque a éstas se refiere el apartado c) del art. 63.1, o el procedimiento seguido para concederlo, referido en el apartado d) del mismo art. 63.1. Habrá de ser, por tanto, el trato que se da al solicitante de asilo desde el momento en que se le identifica como tal hasta que, o bien accede a la condición de refugiado, o se produce su envío hacia un país tercero.

Por ejemplo, por esta vía parece haberse transferido a la CE la regulación de las consecuencias del principio de no devolución. Remitiéndonos a nuestra legislación, el art. 5.1 de la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado marca dicho terreno normativo; y lo mismo sucede con los arts. 11 a 16 de su reglamento de aplicación, que regulan la permanencia provisional del solicitante, las garantías para su no expulsión, las prestaciones sociales, etc. En cambio, en el apartado b) no tiene cabida la regulación del estatuto de refugiado, una vez el solicitante de asilo accede a dicha condición. Es más, esta materia, en principio, parece no haber sido transferida.

En lo que hace a los otros dos apartados c) y d) del art. 63.1 tal vez se podrían haber subsumido el segundo en el primero. ¿Acaso las normas mínimas relativas a la concesión del estatuto de refugiado no incluyen también las que afectan a su procedimiento? De dicha dicotomía surge que ineludiblemente la letra c se refiere a normas sustantivas. Pero, ¿a qué tipo de sustancia? En línea con lo ya realizado en sede de cooperación intergubernamental, cabría interpretar que dicha sustancia se refiere sólo a la relativa a la concesión del estatuto de refugiado y no, en cambio, al estatuto mismo. Es decir, en el ámbito del apartado c) del art. 63.1 caería, por ejemplo, la reglamentación necesaria para realizar una aplicación armonizada de la definición del término refugiado conforme al art. 1 de la Convención de Ginebra de 1951, como realizara la ya mencionada posición común definida por el Consejo el 4 de marzo de 1996. Por lo mismo, la figura de las solicitudes manifiestamente infundadas, en sus distintas versiones, correspondería también al apartado c), sólo en sus aspectos definitorios y no, en cambio, en sus consecuencias procedimentales, lo que revela la inutilidad de diferenciar entre ambos apartados.

No acaban en el art. 63.1 las medidas que sobre refugiados el Tratado de Amsterdam habilita a la CE a adoptar. El Consejo ha de tomar, en el consabido plazo de cinco años, medidas relativas a los *refugiados y personas desplazadas*, en los siguientes ámbitos: a) normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección temporal (art. 63.2.a); y, b) fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida (art. 63.2.b).

De nuevo la terminología utilizada hace surgir dificultades interpretativas. ¿Refugiados y personas desplazadas son colectivos distintos? No debemos entenderlo así si se opta por una interpretación congruente con el camino trillado con anterioridad por la cooperación intergubernamental. A los refugiados se dedica el art. 63.1, mientras que el art. 63.2 parece destinado a regular las situaciones atinentes a otras personas que, no reuniendo las condiciones requeridas para ser cualificadas como refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 y en la interpretación dada por la UE, sí necesitan de protección internacional. En el apartado a) del art. 63.2 queda clara tal interpretación, al mencionar tanto a los desplazados como a "las personas que por otro motivo necesitan protección internacional". Mención aparte merece también la distinción que surge entre desplazados y otras personas necesitadas de protección internacional. Pareciera que esta última es la vía a la que puede acogerse la figura del *asilo humanitario*, desaparecida de los ordenamientos internos de los estados miembros a impulsos de la armonización europea, cuando se unificaron los regímenes del asilo y refugio.

En cuanto a los procedimientos para la adopción de decisiones en materia de asilo y refugio, al igual que sucede con los otros ámbitos cubiertos por este nuevo Título sobre libre circulación de personas, asilo e inmigración, se regulan en virtud de lo establecido en el art. 67. En esta disposición se ha concebido un procedimiento diferente, según se trate de la adopción de decisiones en los cinco primeros años de vigencia del Tratado de Amsterdam o *a posteriori*. La finalidad no ha sido otra que la de provocar una comunitarización gradual, evitando que abruptamente se produzca la transición a los procedimientos comunitarios. Este enfoque gradual se hace notar en ese plazo de cinco años, no concediendo la iniciativa normativa exclusiva a la comisión y optando todavía por la regla de la unanimidad para que el Consejo adopte decisiones. En efecto, en los primeros cinco años las decisiones se adoptarán actuando el consejo "por unanimidad, a propuesta de la comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo" (art. 67.1). En el inicio del procedimiento quiebra, por tanto, el monopolio de la iniciativa normativa de la comisión, para coexistir provisionalmente con las potenciales iniciativas de los estados miembros. Además, para dulcificar también el paso de lo intergubernamental a lo supranacional se dispone en este mismo plazo de tiempo que subsista la regla de la unanimidad para la adopción de decisiones en el seno del consejo y se acantona la

participación del Parlamento Europeo al procedimiento de consulta simple.

En cambio, una vez que culmine el plazo de cinco años, el consejo se pronunciará sólo a propuesta de la comisión, aunque ésta deba estudiar cualquier petición que le haga un Estado miembro a fin de elevarla o no al Consejo. Y en cuanto al procedimiento hasta la adopción del acto una vez que la comisión haya elaborado la propuesta, el art. 67.2 admite que el consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, adopte una decisión para que todos o parte de los ámbitos de este título se rijan por el procedimiento de codecisión. Es decir, que mientras no se adopte dicha decisión en materia de asilo, el consejo seguirá actuando por unanimidad y previa consulta al Parlamento.

Otra de las cuestiones novedosas que incorpora el Tratado de Amsterdam se refiere al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia en materia de asilo, antes inexistente puesto que dicho ámbito discurría en el Tercer Pilar de la UE. Una vez producida la comunitarización del asilo, la acción del Tribunal de Justicia: 1) se somete en sus vías de recurso tradicionales a ciertas peculiaridades; y, 2) se ejercerá por una nueva vía procesal, una cuestión interpretativa. En cuanto al primer aspecto, el art. 68.1 determina las modalidades de aplicación de la cuestión prejudicial: cabrá solicitar su interposición en petición de, bien la interpretación del título, bien la validez o la interpretación de los actos de las instituciones comunitarias basados en él. Pero sólo podrán interponerse en asuntos que se planteen ante un tribunal interno en contra de cuyas decisiones no exista recurso jurisdiccional. Los estados miembros han sido conscientes que, de permitir el recurso a la cuestión prejudicial en instancias anteriores, cabría el riesgo de paralizar al Tribunal de Justicia con la probable avalancha de estos recursos que acabaría desencadenándose. Por ello se ha decidido también que su interposición será facultativa, pues el tribunal sólo la interpondrá ante el Tribunal de Justicia si considera necesaria la decisión de éste para poder dictaminar.

Y en cuanto al segundo aspecto, el art. 68.3 introduce, como se ha dicho, una nueva vía procesal ante el Tribunal de Justicia: la *cuestión interpretativa* del presente título 0 de los actos de las instituciones comunitarias basados en las disposiciones de aquél. Podrán solicitar el pronunciamiento del tribunal: el consejo, la comisión o un Estado miembro, no aplicándose el fallo a sentencias de tribunales de los estados miembros que hayan pasado a ser *res judicata*.

El avance en el ámbito del asilo no ha satisfecho a todos los estados miembros. Algunos se habían mostrado especialmente recalcitrantes para avanzar en la comunitarización de materias pertenecientes al Tercer Pilar, como hemos anticipado. Lógicamente no han endosado el avance propiciado por la mayoría. De ahí que, en virtud de dos protocolos sobre la posición, respectivamente, del Reino Unido e Irlanda y de Dinamarca, estos estados miembros no participarán en la adopción por el consejo de medidas derivadas de este título.<sup>127</sup> De lo anterior se deriva que no les serán aplicables ninguna de las disposiciones del título, ni las medidas adoptadas en virtud del mismo, ni se considerará que les vinculan ninguna disposición de acuerdo internacional alguno celebrado por la comunidad en virtud de dicho título, ni se les opondrá resolución interpretativa alguna del tribunal de Justicia en este ámbito.<sup>128</sup> Sin embargo, el protocolo relativo a la posición del Reino Unido y de Irlanda, no así el referente a Dinamarca, prevé situaciones en virtud de las cuales dichos estados pueden vincularse por medidas a adoptar o adoptadas en virtud del título sobre libre circulación, asilo e inmigración. En primer lugar, el Reino Unido o Irlanda podrán, en un plazo de tres meses, a partir de la presentación al Consejo de una propuesta o iniciativa, notificar por escrito al presidente del consejo su deseo de participar en la adopción de la medida de que se trate; tras la notificación participarán y les obligará la decisión que se adopte. Como una cautela para evitar actitudes obstruccionistas de estos participantes voluntarios, se establece en el protocolo que en el caso de que transcurra un periodo razonable sin que pudiese adoptarse una medida con la participación del Reino Unido o de Irlanda, el consejo podrá adoptarla sin su participación (art. 3). De partida, Irlanda ha manifestado una posición más firme a vincularse con este nuevo título del TCE al insertar una Declaración ajena al acta final, en la que hace constar que se propone ejercer con arreglo al art. 3 del protocolo y su derecho a participar en la adopción de medidas en todo lo que sea compatible con el mantenimiento de su *Common Travel Area* en relación con el Reino Unido.

Igualmente, el Reino Unido e Irlanda están facultados para, tras la adopción de una medida por parte del consejo, notificar a éste y a la comisión su propósito de aceptarla. En ese caso será de aplicación *mutatis mutandis*, como establece el art. 4 del pro

toloco, el procedimiento contemplado en el apartado 3 del art. 11 del TCE, en virtud del cual una vez que la comisión conozca la intención de dichos estados "remitirá al consejo un dictamen dentro de un plazo de tres meses tras haber recibido dicha notificación. En un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de notificación, la comisión decidirá sobre la misma y, en su caso, sobre las disposiciones específicas que pueda considerar necesarias".

En definitiva, y a expensas del análisis sobre la cuestión puntual del derecho de asilo de ciudadanos de la UE en el territorio de sus estados miembros, el tratamiento del asilo en el Tratado de Amsterdam ha entrado en la órbita de las competencias comunitarias parcialmente, pero sin que la política de asilo se haya nutrido de directrices sustantivas específicas, acordadas por los estados miembros, salvo la genérica, por otro lado de innecesaria mención, de respetar la Convención de Ginebra de 1951. Se ha seguido la opción, tomada previamente en el Tratado de Maastricht, de regular sólo los aspectos procedimentales. Pero, aparte de los antecedentes habidos en la *política de asilo europea*, la ubicación del tratamiento de los refugiados en un mismo artículo que el de la política de inmigración y la comprensión de ambas como medidas de corte complementario de la libre circulación de personas arrojan luces sobre la continuidad de la visión europea sobre el asilo.

### **3. ¿Pueden solicitar los ciudadanos de la UE asilo en otro Estado miembro?**

España ha defendido con vehemencia, en la conferencia intergubernamental de 1996, la necesidad de consagrar en el Tratado de Amsterdam que ningún ciudadano de los estados miembros de la unión pueda presentar una solicitud de asilo en otro Estado miembro.<sup>129</sup> Tal propuesta ya se esgrimió con anterioridad a la apertura del proceso de reforma del TUE, pues guarda directa conexión por los desencuentros hispano-belgas causados en septiembre de 1993 cuando dos españoles, presuntamente pertenecientes a la organización terrorista ETA, introdujeron ante las autoridades belgas una demanda de asilo. Dicha demanda no fue desestimada inicialmente, sino que pasó a ser examinada ante las airadas protestas españolas, teniendo por consecuencia que quedara paralizada la petición de extradición que se había cursado.

127. Art. 1 del Protocolo Y sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda y art. 1 del Protocolo Z sobre la posición de Dinamarca.

128. Arts. 2 de ambos Protocolos, respectivamente.

129. Para un análisis antes del Tratado de Amsterdam, véase F.J. CARRERA HERNÁNDEZ, "El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE", en *RJE*, vol. 22, núm. 3, 1995, 837.

La crisis, elevada al grupo de Schengen, no se zanjó satisfactoriamente para los intereses españoles en lo que se refiere a la paralización del procedimiento de concesión del asilo, aunque éste a la postre fuera denegado. Pero lo que se pretendía era precisamente obtener la no admisibilidad de la solicitud desde el momento de su interposición, a los efectos de evitar el reproche político que para un Estado comporta el examen de una petición de asilo presentada por uno de sus nacionales. Porque en ese caso, el Estado que la examina está procediendo en realidad a enjuiciar el *pedigree* político, la calidad del respeto por los derechos fundamentales, la validez del Estado de Derecho de aquel otro cuya persecución invoca el solicitante de asilo. Resulta lógico que dicha situación sea difícilmente aceptable por el Estado que padece esa especie de *requisitoria* pública, cuando se produce entre dos países democráticos que, más aún, pertenecen a un mismo *club* (la Unión Europea) cuyas reglas de adscripción imposibilitan precisamente que se de una persecución política como la que permite recurrir al asilo.

Hasta ese momento, las solicitudes de asilo presentadas por ciudadanos de la Unión Europea gozaban de la presunción de ser *solicitudes manifiestamente infundadas*, para aquellos estados que hubiesen transvasado a su ordenamiento interno los frutos de la cooperación intergubernamental en materia de asilo a los que antes hemos hecho mención. En concreto, tales solicitudes debían entenderse manifiestamente infundadas al provenir el peticionario de asilo de un país seguro, en el que por regla general no existe riesgo serio de persecución.<sup>130</sup> Sin embargo, como sabemos, que un solicitante de asilo provenga de alguno de esos países, no exime al Estado de acogida de realizar el examen de la solicitud. En realidad, la cooperación intergubernamental de los Quince lo había visto claro en 1995, al adoptar el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea la resolución relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo. En ella los estados "comprueban que no debería haber motivo ni de hecho ni de derecho, dentro del cumplimiento de la Convención de Ginebra de 1951, de reconocer el estatuto de refugiado a un solicitante de asilo nacional de otro Estado miembro". Y prosigue la resolución que, "en atención a esto, la solicitud de asilo presentada por un nacional de otro

Estado miembro será objeto, según las normas y usos de cada Estado miembro, de un procedimiento particularmente rápido o simplificado, entendiéndose que los estados miembros siguen obligados, como se prevé en la Convención de Ginebra a la que hace referencia el Tratado de la Unión Europea, a proceder a un estudio individual de cualquier solicitud de asilo".<sup>131</sup>

En el seno de la CIG, la propuesta española fue tajante en defensa de la pretensión de que ningún Estado pudiese ni siquiera tramitar una solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de los nacionales de otros estados miembros, en el sentido de entender que, a esos efectos, dichos solicitantes debían ser considerados como nacionales del Estado donde presentasen su solicitud. En el camino negociador que condujo al Consejo Europeo de Amsterdam, España logró aparentemente progresar en sus propósitos cuando el Consejo Europeo de Dublín de diciembre de 1996 adoptó una declaración a fin de que se estableciese en el tratado "como un principio claro que ningún ciudadano de un Estado miembro de la Unión pueda solicitar asilo en otro Estado miembro teniendo en cuenta los tratados internacionales". La declaración, que tanta alharaca propició en su momento, traía sin embargo en su seno su propia contradicción, al invocar, como no podía ser menos, a los tratados internacionales de los que son partes los estados miembros. Llamado implícito a la Convención de Ginebra de 1951 que, según los mismos estados de la unión habían reconocido, hace ineludible el examen individualizado de cualquier solicitud de asilo que se presente.

Sin embargo, a partir de ese instante, la propuesta española fue de retroceso en retroceso, ante la manifiesta oposición de algunos estados miembros. El resultado final se plasmó en el *protocolo del tratado constitutivo de la CE sobre asilo a nacionales de los estados miembros de la Unión Europea* que recoge en sus considerandos tanto los motivos que dieron lugar a la propuesta española como el presumible límite que ésta encontró, al menos en la opinión de algunos otros estados miembros, que se opusieron a ella. En cuanto a los motivos, el protocolo hace mención: a) al objetivo de evitar que se recurra al procedimiento de asilo para fines ajenos a los que está previsto; y, b) a la extradición de nacionales de los estados miembros, regulada en el convenio europeo de extradición de 1957 y en el más reciente convenio de 1996, relativo a la extradición entre los estados miembros de la UE, que ha sido

130. En el sentido establecido por las conclusiones relativas a los países en los que en términos generales no existe peligro grave de persecución, adoptadas por los Ministros de Inmigración en la Conferencia de Londres de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1992, véase *supra*, epígrafe.

131. Numeral 20 de la resolución relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo, en la Unión Europea.

adoptado sobre la base del art. K.3 del TUE. Y en relación al límite que pudo encontrar la propuesta originaria española, el protocolo advierte de la necesidad de respetar la finalidad y los objetivos del Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

En cuanto a su dispositivo, el protocolo en un artículo único, considera que "los Estados miembros constituyen recíprocamente países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo". Esta posición de principio, que condiciona supuestamente la discrecionalidad de un Estado para admitir una solicitud de asilo a cuatro casos tasados. Supuestamente, decimos, porque el último de ellos constituye una auténtica vía de escape para que cualquier Estado conceda unilateralmente asilo a un nacional de otro Estado miembro. Examinémoslos seguidamente.

Los tres primeros (letras a, b y c) alcanzan un cierto grado de concreción y se encuentran definidos objetivamente, girando en torno a un *leii motiv*; la violación por un Estado miembro de los principios contemplados en el art. F del TUE, referidos al respeto al principio democrático y a los derechos fundamentales y libertades públicas. El primero habilita a un Estado miembro a considerar o declarar admisible la solicitud de asilo de un nacional de otro Estado miembro que procede, "amparándose en las disposiciones del art. 15 del convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, a adoptar medidas que establezcan en su territorio excepciones a sus obligaciones con arreglo a dicho convenio". Dicho art. 15 guarda relación con supuestos de guerra o de otro peligro público "que amenacen la vida de la nación", en cuyo caso el Estado afectado podría derogar las obligaciones derivadas del convenio europeo "en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional", excluyéndose la posibilidad de derogar los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura y penas o tratamientos inhumanos o degradantes), 4.1 (prohibición de la servidumbre o la esclavitud) y 7 (principio *nula pena sine lege*).

El segundo abre la posibilidad de admisión de la solicitud de asilo de los nacionales de un Estado miembro respecto del que "se ha iniciado el procedimiento mencionado en el apartado 1 del art. 7 del TUE y hasta que el consejo adopte una decisión al respecto". El art. 7 del TUE es otra de las novedades que incorpora el Tratado de Amsterdam, articulando el procedimiento a seguir en el supuesto de una violación de los principios en que se basa la

Unión por un Estado miembro. El tercer supuesto contempla la culminación del citado procedimiento, en el caso en que el consejo haya determinado "la existencia de una violación grave y constante por parte de dicho Estado miembro de los principios mencionados en el art. 6". Son estos tres, supuestos de extrema gravedad, que implican o pueden llegar a justificar la existencia de perseguidos políticos que requieran protección por parte de otro Estado, concretada en la concesión del asilo.

En cambio, el cuarto supuesto (letra d) difiere radicalmente en sus postulados. Tal y como se ha decidido en el protocolo, un Estado miembro podrá tomar en consideración una solicitud de asilo de un nacional de otro Estado miembro *si así lo decidiera unilateralmente*. Como se observa, la puerta ha quedado abierta *de par en par* a la posibilidad de considerar o declarar admisible para su examen una solicitud de asilo de un ciudadano de la Unión. Sólo que se condiciona a dos requisitos: 1) el Estado responsable del examen tendrá que informar inmediatamente al consejo de tal extremo. Sólo se exige a aquél que informe; seguro de crear en el propio consejo un escenario disuasorio para el ejercicio de esta amplia excepción al principio consagrado en el protocolo. Escenario que, por otra parte, no sólo no va a ahorrar al Estado del que es nacional el solicitante de asilo la situación afrentosa que España pretendía eludir con su propuesta maximalista, sino que va a constituir una auténtica caja de resonancia, muy beneficiosa para los propósitos de algunas situaciones de abuso del asilo, como la que se encontraba en la base del conflicto hispano-belga de 1995; éso sí, a la inversa, el país del solicitante también tendrá la posibilidad de afear las conductas insolidarias y desencadenar su ira sobre el país de acogida. El *escenario* propiciará, por tanto, los ejercicios de vigor político; y, 2) la solicitud de asilo de un nacional de un Estado miembro deberá ser examinada bajo la presunción de que se trata de una solicitud manifiestamente infundada, aunque sin que esto "afecte en modo alguno, cualquiera puedan ser los casos, a la facultad de adopción de decisiones" del Estado miembro responsable de su examen. Como se ve, las cautelas han sido máximas, incluso a la hora de establecer este último requisito que ya había penetrado en los ordenamientos internos de algunos estados miembros gracias a los resultados de la cooperación intergubernamental en materia de asilo. Cautelas también para aquellos estados que no hayan procedido a la armonización pensada en la Conferencia de Londres de 1992 sobre las solicitudes manifiestamente infundadas y que o no pretendan hacerlo

en el futuro, mientras el consejo no adopte normativa comunitaria al respecto, o en ésta no se aplique el concepto y sus consecuencias a la solicitud presentada por un nacional de Estado miembro. De ahí que, a pesar de que la presunción se haya establecido en un protocolo anexo al TCE y esta circunstancia lo aboque a caer bajo la jurisdicción del Tribunal de Justicia, éste poco tendrá que hacer al respecto. La aplicación de la presunción, en tanto que no penetre en la normativa comunitaria, quedará a la voluntad de los estados miembros, como hasta ahora.

Eso sí, la conferencia intergubernamental adjuntó una declaración relativa a la letra d) del artículo único de este protocolo en la que, reconociendo la importancia de la resolución sobre solicitudes de asilo manifiestamente infundadas, adoptada en la citada conferencia, y de la posterior resolución del Consejo de 1995 sobre garantías mínimas para los procedimientos de asilo, entendía que "es preciso examinar con más detenimiento la cuestión del abuso de los procedimientos de asilo y los procedimientos rápidos apropiados para prescindir de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas, con el fin de introducir nuevas mejoras para acelerar estos procedimientos". Un juicio global y equilibrado del significado del protocolo tal vez permita entender que ésta sí puede ser la vía: acelerar (más aún) los procedimientos rápidos para prescindir de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas y acortar así el trágala en el que puede situarse cualquier Estado, como el que supuso para España el incidente con Bélgica. Pues, en definitiva, el apartado d del artículo único es una auténtica cláusula abierta que ha desvirtuado por la vía de la excepción, la regla general que ha pretendido sentar el protocolo.

Y buena muestra de ello ha sido la posición de Bélgica, pues, recordando el origen de la controversia, ha decidido adjuntar una declaración al protocolo expresando que, "de conformidad con sus obligaciones en virtud del Convenio de Ginebra de 1951 y del protocolo de Nueva York de 1967, llevará a cabo, de acuerdo con lo dispuesto en la letra d) del artículo único del presente Protocolo, un examen individual de cualquier solicitud de asilo presentada por un nacional de otro Estado miembro". Y tal vez le asista la razón, porque cumplir con el principio de no devolución establecido en el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 obliga a echar un vistazo, aunque sea somero, a la solicitud de asilo. Si no, ¿cómo advertir que se produce el rechazo en frontera de un perseguido político?

¿Ha desencadenado el empecinamiento español un retroceso con respecto a la situación anterior, caracterizada por la desregulación y por la inexistencia de un marco específico de consultas en el que sustanciar las inevitables crisis políticas que se desencadenan cuando un Estado miembro admite a trámite una solicitud de asilo de un nacional de otro Estado miembro? Desde luego, el resultado final queda muy lejos de las pretensiones españolas. Pero, atendiendo al punto de vista meramente formal, la consagración del principio que incluye el protocolo sobre asilo supone un avance, que puede y va a desencadenar ciertos efectos de suavización. Pero también se ha consagrado, por vía de *excepción*, la discrecionalidad de los estados para decidir unilateralmente su concesión, a pesar de las trabas procedimentales incluidas. Eso sí, se designa un marco específico en el que sustanciar el conflicto político: el consejo; y, fundamentalmente, la diferencia radical se encuentra en la comunitarización parcial del asilo, que podrá afectar al tratamiento procedimental de las solicitudes manifiestamente infundadas. Ahí se encuentra el progreso que cabe esperar, y en la capacidad de presión de España en el proceso decisorio para conseguir que la normativa comunitaria califique definitivamente estas solicitudes de asilo como manifiestamente infundadas.

¿Se ha desvirtuado el mandato político del Consejo Europeo de Dublín de 1996, que parecía endosar la propuesta maximalista española? Recordemos que la declaración del consejo Europeo exigía que el principio de no-admisibilidad de la solicitud de asilo de un ciudadano de la Unión quedase supeditada a su último inciso, esto es, que dicho principio debía ser introducido "teniendo en cuenta los tratados internacionales". Y, ¿qué dicen los tratados internacionales de la concesión del asilo? Explícitamente, nada, absolutamente nada, porque no existe disposición convencional que la regule. Fuente tan poco sospechosa como el ACNUR reconoce expresamente<sup>132</sup> que "aunque el Acta Final de la conferencia de plenipotenciarios y el preámbulo de la convención incluyan referencias al asilo, la convención de 1951 o el protocolo de 1967 no se ocupan de la concesión del asilo", porque, como advierte más adelante, "regulan, en lo que concierne a los refugiados, el trato que se les concede en el territorio de los estados".<sup>133</sup>

132. ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado*, p. 7.

133. *ibid.*, p. 8.

Los tratados internacionales en los que sí se incluyen referencias bien explícitas a la concesión del asilo son de ámbito europeo: uno, el Convenio de Dublín, no sólo no se encontraba en vigor en el momento en que se celebró el Consejo Europeo de Amsterdam, sino que, como sabemos, la definición de extranjero que suministra<sup>134</sup> excluye de su ámbito de aplicación las solicitudes de asilo de nacionales de estados miembros de la unión, por lo que difícilmente cabe pensar que el inciso de la declaración se constituyese en su llamado. Y el otro, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, no sirve al respecto, tanto porque participa de la misma definición de extranjero del Convenio de Dublín,<sup>135</sup> como porque no son partes en él todos los Estados miembros de la Unión. Sin embargo, el concepto de asilo que se desprende de ambos y al que ya hemos aludido, su identificación con el refugio y la de la solicitud de asilo con la solicitud de la protección deparada por la Convención de Ginebra de 1951, sirven de interpretación del reiterado inciso "teniendo en cuenta los tratados internacionales". Estos no pueden ser otros que la Convención de Ginebra de

1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, que tampoco regulan el procedimiento por el que se reconoce por un Estado la condición de refugiado.

Sin embargo, resulta inevitable pensar que para otorgar a un extranjero el estatuto de refugiado es preciso examinar su solicitud de asilo o refugio. Sobre todo porque, si no se hace, el Estado que reexpide al solicitante hacia otro país corre el riesgo de infringir el principio de no-devolución que, recordemos, sí se encuentra recogido en la Convención de Ginebra de 1951 (art. 33). Ya hemos examinado previamente las lecturas restrictivas que los países occidentales han aplicado al principio de no-devolución y también las hemos rechazado, considerando violaciones del citado principio las prácticas como el establecimiento de las zonas *internacionales*. Ahora no procede volver sobre ello, sino hacer hincapié en que del objeto y fin de la Convención de Ginebra resulta difícil escindir la obligatoriedad del examen de las solicitudes de asilo. Examen que debe ser individualizado y que, no obstante, nada impide que pueda ser acelerado por razón del país de procedencia del solicitante.

134. Art. 1.1. A efectos del presente convenio, se entenderá por: a) «extranjero»: cualquier persona que no sea nacional de un Estado miembro.

135. Véase, en efecto, el art. 1 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.